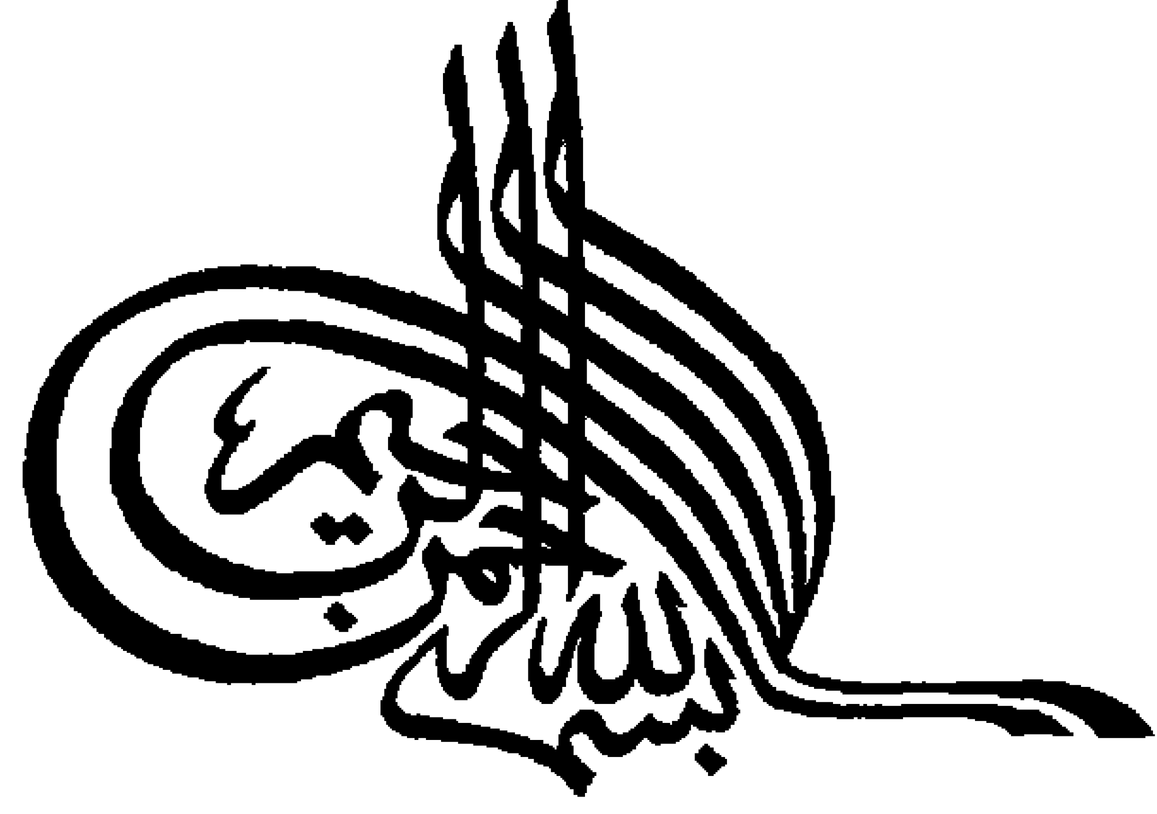
الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية

دراسة مقارنه

الدكتور
فرات رستم امين الجاف







الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية

دراسة مقارنة

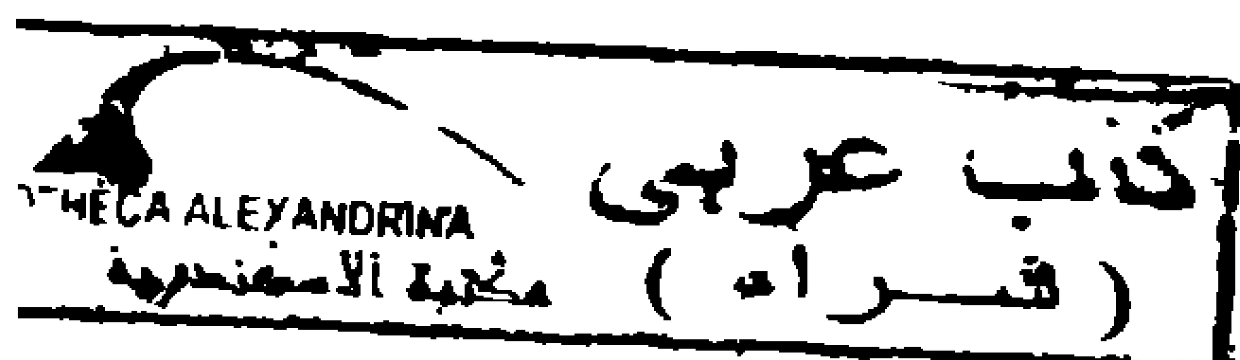
الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية

دراسة مقارنة

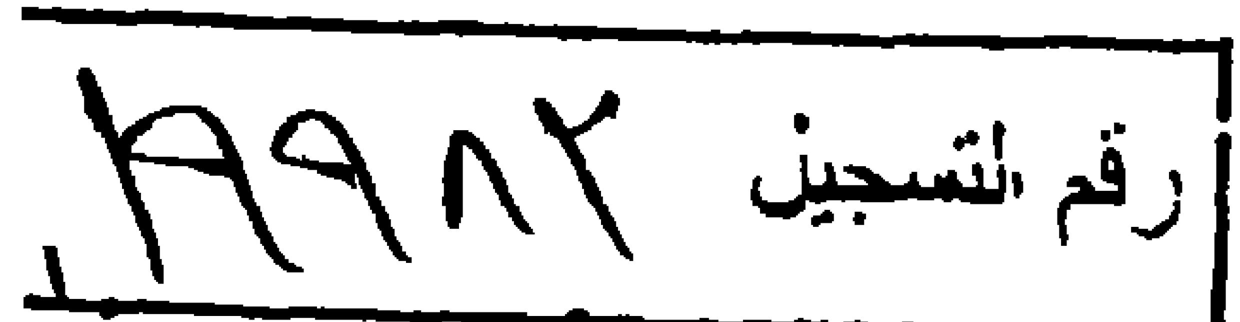
الدكتور

فرات رستم أمين الجاف









محفوظة
جميع الحقوق

رقم التصنيف	:	347.04
المؤلف ومن هو في حكمه	:	فرات رستم الجاف.
عنوان الكتاب	:	الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز في نطاق الدعوى المدنية: دراسة مقارنة.
رقم الإيداع	:	2013/6/1901
الواصفات	:	محاكم التمييز//المحاكم//القانون المدني/
بيانات الناشر	:	عمان – دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع

يتحمل المؤلف كامل المسؤولية القانونية عن محتوى مصنفه ولا يعبّر هذا المصنف عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة حكومية أخرى.

(ردمك) ISBN 978-9957-32-787-3

تم إعداد بيانات الفهرسة والتصنيف الأولية من قبل دائرة المكتبة الوطنية

الطبعة الأولى 2014-1435هـ



دار الحامد للنشر والتوزيع

الأردن - عمان - شفا بدران - شارع العرب مقابل جامعة العلوم التطبيقية

هاتف: 5231081 6 962+ فاكس: 5235594 6 962+

ص.ب. (366) الرمز البريدي: (11941) عمان – الأردن

www.daralhamed.net

E-mail : daralhamed@yahoo.com

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ ها انتم هؤلاء جادلتم عنهم في

الحياة الدنيا فمن يجادل الله عنهم يوم

القيامة ام من يكون عليهم وكيلا ﴾

سورة النساء

الآية (109)

صدق الله العظيم

الإهداء

إلى الذي خدم القضاء أكثر من أربعين عاماً .... إلى والدي المرحوم القاضي رستم أمين الجاف

إلى من وقف بجانبي وآزرني في مشوار تحصيلي العلمي أخي الأستاذ أميد جزاه الله عني كل خير ...

أهدي جهدي المتواضع

الباحث

شكر وتقدير

لايسعني وقد أنجزت هذا الكتاب الا أن أتقدم بوافر الشكر والتقدير الى أستاذي الدكتور عباس زبون عبيد العبودي، لما أولاه من أشراف ومتابعة على مراحل هذا الكتاب، معترفاً بالعون الذي أسداه لي وبالخلق الكريم الذي تمثل بشخصه وبرحابة صدره ودقة ملاحظاته والذي لولاه لما خرج الكتاب بهذا الشكل داعياً الله عز وجل له بالتوفيق.

كما أتقدم بالشكر الجزيل الى الأستاذة الأفاضل الذين كان لهم الدور البارز في دراستي للدكتوراه واخص بالذكر منهم:

الأستاذ الدكتور فاروق عبد الله كريم –رئيس جامعة كرميان

الأستاذ المساعد الدكتور معروف عمركول– عميد كلية القانون/جامعة السليمانية

الأستاذ المساعد الدكتور واحد عمر محي الدين

الأستاذ المساعد الدكتور فريد جاسم حمود– عميد كلية القانون /جامعة كركوك

وبهذه المناسبة يشرفني ان اتقدم بالشكر الجزيل الى الأساتذة الأفاضل الذين تشرفت بتلقي العلم على أيديهم في الدراسات العليا واخص بالذكر منهم الأستاذ المساعد الدكتور حسين عبد علي–رئيس لجنة الدراسات العليا في كلية القانون/ جامعة السليمانية والأستاذ المساعد الدكتور نواف حازم خالد والاستاذ المساعد الدكتور مظفر ناصر حسين والأستاذ المساعد الدكتور فكرت السيد الذي تجشم عناء ترجمة الملخص الى اللغة الانكليزية.

كما يشرفني أن اتقدم بالشكر والامتنان الى الاستاذ الفاضل القاضي عوني عبد القادر صديق – رئيس محكمة استئناف كركوك الاتحادية لما بذله معي من جهد ولآرائه وتوجيهاته السديدة ودقة ملاحظاته على الرغم من ضيق وقته فجزاه الله عني كل خير.

وانه لمن دواعي سروري ان اتقدم بالشكر الى الاستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد- استاذنا في الدراسات العليا في الماجستير والدكتوراه والمشرف على رسالتي للماجستير - الذي كان دوماً الاخ الكبير والأستاذ الفاضل الذي لايمكن ان انسى فضله.

كما اتقدم بالشكر الجزيل الى من هو في مقام والدي الأستاذ الدكتور غالب علي الداوودي الذي كان دوماً يتحفني بتوجيهاته وأستشاراته القيمة.

كما يشرفني ان اتقدم بالشكر الجزيل الى أساتذتي في كلية القانون -جامعة كركوك واخص بالذكر منهم الأستاذ المساعد الدكتور احمد خورشيد حميدي - معاون عميد كلية القانون للشؤون العلمية والأستاذ المساعد الدكتور ماجد نجم عيدان الجبوري- رئيس قسم القانون الذي كان لهما الفضل الكبير في مساعدتي في إنجاز هذا الكتاب.

ويسعدني ان اسجل شكري للأستاذ المساعد الدكتور طلعت جياد لجي وللأستاذ المساعد الدكتور عامر عاشور عبد الله اللذان ساعداني كثيراً اثناء دراستي.

كما لايفوتني في هذه المناسبة ان اتقدم بالامتنان والعرفان بالجميل الى أستاذ اللغة العربية في كلية التربية-جامعة كركوك الدكتور توفيق ابراهيم الذي تجشم عناء تقويم الكتاب لغوياً وكان دوماً الاخ الكبير الذي لايبخل علي بنصائحه وتوجيهاته السديدة.

الباحث

المحتويات

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف خلقه سيدنا (محمد) وعلى اله وصحبه أجمعين، ولتقديم موضوع كتابنا نوزع المقدمة إلى الفقرات الآتية:

اولاً:- اهمية موضوع الكتاب

تعد محكمة التمييز الاتحادية العراقية، الجهة القضائية العليا من جهات القضاء في الدولة، وتمارس العديد من المهام التي تشترك في تحقيق هدف موحد يتمثل في التطبيق السليم والصحيح للقانون من قبل المؤسسات القضائية المختلفة في الدولة، وتقوم بتوحيد الاجتهاد وإستقراره في المسائل القانونية المعقدة، لتوطيد حرمة القانون والقضاء، وتعزيز شأنها وضمان تحقيق وحدة القضاء، ووظيفتها تنصب اساساً على بحث القاعدة القانونية المختلف عليها، وتفسيرها وتطبيقها، سواء ماتعلق منها بالقواعد الموضوعية، أو بقواعد الاجراءات، والبحث فيما إذا كانت هي القاعدة التي يجب الاخذ بها في النزاع المطروح من عدمه، وبيان ما إذا كان الحكم المطعون فيه قد أخفق في فهمها أو تطبيقها على الواقع المستخلص من الدعوى أو اصاب الفهم السليم. وليس من المبالغة القول، أن تطور القانون ورقيه وتحقيقه الامثل للعدالة في الكثير من الدول كان بفضل الاداء المهني العالي للمحاكم العليا في تلك الدول، وليس خافياً الدور الذي تمارسه محكمة التمييز في تطوير القانون حسب مقتضيات المجتمع المتغيرة بإستمرار مع الجمود الذي تتسم به القاعدة القانونية، فكثيراً ماأوجدت مثل هذه المحاكم المباديء القانونية الجديدة المنسجمة مع ظروف المجتمع وحياة الافراد.

لذلك فان فقه المرافعات مجمع - كما سنرى ذلك لاحقا - على أن هذا الجهاز القضائي يقوم بدورين مهمين في نطاق الدعوى المدنية يتمثل الدور الاول في المحافظة على وحدة تفسير القواعد القانونية التي تطبقها المحاكم، وبهذا التفسير

تتأكد وحدة القانون الذي تطبقه هذه المحاكم والدور الثاني يتمثل في مراقبة تطبيق المحاكم للقانون على الوجه الصحيح.

ثانياً: مشكلة الموضوع واسباب اختياره:

إن الاحاطة الشاملة بالدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية، وبيان الاسس التي تتم من خلالها ممارسة هذه المهام، ومقارنة كل ذلك بالممارسة الفعلية لها، من قبل محكمة التمييز لأجل إظهار المستوى المهني والاحترافي لهذه المحكمة، ومدى تحقيقها للأهداف المرجوة، وكذلك عدم اقتصار دور محكمة التمييز في الدعوى المدنية على تمييز الاحكام، كما هو راسخ لدى الكثيرين، بل تبين لنا لما أعطيت هذه المحكمة مرتبة أعلى هيئة قضائية لو لم تكن لها أدواراً أخرى، وهكذا سنجد أن هذه المحكمة لاتمارس الدور الكاشف فقط لأحكام القانون، بل أنها تمارس أدواراً أخرى لاتقل أهمية عن دورها التمييزي، فهي تتصدى وتفسر وتراقب، حيث ان محكمة التمييز تقوم بالتصدي للفصل في موضوع النزاع إذا كان صالحاً للفصل فيه، هنا تقوم محكمة التمييز بدور محكمة الموضوع على الرغم من أنها ليست درجة من درجات التقاضي، وكذلك فأنها تقوم بتفسير القانون في حالة عدم قبولها بتفسير محكمة الموضوع لنص قانوني معين، لذلك يثور التساؤل حول مدى القوة الملزمة لهذا التفسير وهل ان محكمة الموضوع ملزمة بها؟ وأخيراً فهي تراقب مدى التزام المحاكم بتطبيق القانون سواء كان القانون الإجرائي أم الموضوعي. ولمّا لم يتم بحث مفردات هذا الموضوع ضمن دراسة مستقلة بحيث يغطي كافة الجوانب القانونية المتعلقة به النظرية منها والتطبيقية لذا كانت الحاجة ملحة لبحث هذا الموضوع ضمن اطار دراسة قانونية مستفيضة بحيث تشمل كافة مفردات الموضوع مع الاشارة الى مواطن الضعف والقوة في التشريع العراقي بهذا الصدد وتجميع النصوص القانونية المشتتة في هذا المجال في ثنايا القانون المدني وقانون المرافعات المدنية ووضعها ضمن قالب قانوني بحيث تمكن الباحثين من الرجوع اليها بسهولة.

كل ذلك دفعني الى اختيار هذا الموضوع ودراسته بالبحث والتحليل للوصول الى تنظيم الخلل والقصور في المواد القانونية المتعلقة بالموضوع أعلاه، وإقتراح التعديلات المناسبة لها، لكي تقوم محكمة التمييز بدورها التفسيري والرقابي على اتم وجه.

ثالثاً:- منهجية البحث

ولعل عدم التطرق الى هذا الموضوع من قبل الباحثين بهذا الشكل الشامل والدقيق، جعلنا نتبع منهجية سلسلة في التعبير عما نريد توضيحه عن الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز، الذي وجدنا فيه صعوبة الحصول على بعض المراجع الخاصة به، وفي احيان اخرى وجود كثرة من المصادر المتعلقة بموضوع معين ضمن الكتاب، مما جعلنا نقف عندها للوقوف على أبرز الاراء فيها.

فالمنهجية التي نتبعها في البحث سيراها القارىء قائمة على التحليل الدقيق للمواد القانونية والاراء الفقهية ذات العلاقة بالموضوع.

وقد حاولنا أن نضع مقارنة محكمة بين كل من القوسين في العراق ومصر والاردن، فكلما نتطرق الى نص من نصوص القانون المدني العراقي، نضع مايقابله من نصوص في كل من القانون المدني المصري والقانون المدني الاردني، وكذلك فعلنا بخصوص التطرق لقانون المرافعات المدنية وقانون الاثبات، فقد رجعنا الى قوانين المرافعات والاثبات في كل من العراق ومصر والاردن، فضلاً عن اننا لم نهمل الاشارة الى الكثير من القوانين ذات الصلة بالموضوع والقوانين الخاصة بالتنظيم القضائي في كل من العراق ومصر والاردن، وذلك لأهمية التطرق اليها.

رابعـــــاً:- خطة البحث

وقد رأينا من المناسب تقسيم الكتاب الى **فصل تمهيدي وبابين**، سنخصص **الفصل التمهيدي** منه لمفهوم محكمة التمييز الاتحادية وماهية الدعوى المدنية من

خلال مبحثين يتناول الاول مفهوم محكمة التمييز الاتحادية، أما الثاني يتناول ماهية الدعوى المدنية.

ويتناول **الباب الاول** الدور التفسيري لمحكمة التمييز الاتحادية وقد تم تقسيمه الى فصلين، يخصص **الفصل الاول** منه لبيان ماهية الدور التفسيري لمحكمة التمييز الاتحادية وذلك من خلال مبحثين، حيث تم التطرق في المبحث الاول الى التعريف بالتفسير وتمييزه عما يشتبه به، وفي المبحث الثاني تناولنا مدى القوة الملزمة لتفسير محكمة التمييز وحالة إصرار محكمة الموضوع على حكمها المنقوض.

أما **الفصل الثاني** سنعالج فيه حالات الدور التفسيري لمحكمة التمييز عن طريق مبحثين، يخصص الاول فيه لحالة وجود النص القانوني وتأثيره على الدور التفسيري لمحكمة التمييز والمبحث الثاني يخصص لحالة عدم وجود النص القانوني وتأثيره على الدور التفسيري.

وفي **الباب الثاني** تم التطرق الى الدور الرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية من خلال فصلين، يتناول **الاول** منه رقابة محكمة التمييز على الاحكام المتعلقة بالنظام العام، وذلك عن طريق مبحثين يخصص الاول للطعن لمصلحة القانون وفي المبحث الثاني يتناول رقابة محكمة التمييز على الاحكام المتناقضة.

اما **الفصل الثاني** فيخصص للرقابة الاجرائية والموضوعية لمحكمة التمييز، وذلك من خلال مبحثين، تم التطرق في المبحث الاول الى الرقابة الاجرائية لمحكمة التمييز، وفي المبحث الثاني يتناول الرقابة الموضوعية لمحكمة التمييز، وسوف ننهي كتابنا بخاتمة نحاول أن نوضح فيها أهم الاستنتاجات والمقترحات.

ومن الله التوفيق

الفصل التمهيدي

التعريف بمحكمة التمييز الاتحادية وماهية الدعوى المدنية

المبحث الأول: التعريف بمحكمة التمييز الاتحادية

المبحث الثاني: ماهية الدعوى المدنية

الفصل التمهيدي

التعريف بمحكمة التمييز وماهية الدعوى المدنية

من المبادئ الأساسية لإستقلال النظام القضائي، هو وجود محكمة قضائية عليا ينحصر عملها بالأشراف على المحاكم الأدنى منها وذلك بالتحقق، عند الطلب - كأصل عام -، من أن أحكام وقرارات تلك المحاكم تتفق وأحكام القانون، وتعد محكمة التمييز الإتحادية، الهيأة القضائية العليا في النظام القضائي العراقي[1]، وبصفتها هذه لاتعد درجة من درجات المحاكم وإنما هي محكمة تدقيق ورقابة[2]، فالطعن أمامها لايقصد به إعادة طرح النزاع مجدداً لديها، بل يقصد بالطعن أن يتقدم كل من صدر ضده حكم أو قرار، ويجد فيه خللاً أو نقصاً، طالباً تدقيقه، على أن محكمة التمييز لاتباشر وظيفتها بصورة تلقائية وإنما تباشرها في نطاق دعوى معينة بناء على طلب الخصم الذي أصابته خسارة من جراء مخالفة الحكم الصادر في الدعوى للقانون[3].

---

(1) المادة (12) من قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 المعدل.

(2) د. سعدون ناجي القشطيني، شرح أحكام المرافعات، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، 1972.

(3) وتجدر الاشارة الى أن المادة (309) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل قد أقرت حالة التمييز الوجوبي أو التلقائي الذي يقع دون طلب من الخصم ويكون واجباً بقوة القانون إذ لاتنفذ الأحكام والحجج المشمولة بالتمييز الوجوبي مالم تصدق من محكمة التمييز، وأن المادة المذكورة ألزمت محكمة الأحوال الشخصية بأرسال الأحكام التي تصدرها على القاصرين والمفقودين والغائبين والمجانين وغيرهم من ناقصي الأهلية، وكذلك الأحكام المتضمنة فسخ عقد الزواج والحجج التي تعتبر بمنزلة الأحكام كالحجج المتعلقة بأستبدال الوقف والأذن بالقسمة الرضائية الواقعة على عقارات الوقف الى محكمة التمييز في حالة إذا لم يطعن ذوي العلاقة بهذه الأحكام والحجج وذلك لأن هذه الأحكام والحجج تتعلق بأشخاص يقتضي الأمر حمايتهم أو بعقارات مخصصة للنفع العام. مع ملاحظة عدم وجود مايقابل هذه المادة في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرية رقم (13) لسنة 1968 المعدل وكذلك عدم وجودها في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لسنة 1988 المعدل وتجدر الاشارة الى ان التفريق والطلاق حذفت من المادة اعلاه بموجب القانون رقم (116) لسنة 1973 قانون التعديل الثالث لقانون المرافعات المدنية العراقية.

ولغرض التعريف بمحكمة التمييز وبيان ماهيـــة الـــدعوى المدنيـــة ينبغـــي التعريف بمحكمة التمييز ومراحل نشوئها وكيفية تكوينها وإختصاصـــاتها، وكـــذلك التعريف بالدعوى المدنية وشروطها وتمييزها عن الدعاوى الأخرى، وعليه سنقسم هذا الفصل التمهيدي الى المبحثين الآتيين:-

المبحث الأول: التعريف بمحكمة التمييز الاتحادية.

المبحث الثاني: ماهية الدعوى المدنية.

المبحث الأول

التعريف بمحكمة التمييز الاتحادية

إن المقصود بمحكمة التمييز في المعنى الواسع، هي الهيأة القضـائية العليـا التي تمارس الرقابة على جميع المحاكم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، بغيـة توحيد الاجتهادات في المواضيع المتماثلة، وبوصفها مبدأً عاماً فأن محكمة التمييز ليست محكمة للفصل في الخصومة بل للحكم على عمل القاضي الذي فصـل فـي الدعوى، وهل فصل فيها طبقاً للقانون أو لا.

ولغرض تحديد مفهوم محكمة التمييز الإتحادية[1]، ينبغي التطرق الى تعريفها كما ورد في قانون التنظيم القضائي وبيان هيئاتها، ومن ثم تسليط الضـوء علـى المراحل التاريخية لتكوين محكمة التمييز في العراق، وكذلك الاختصاص النـوعي لمحكمة التمييز. وعليه سنقسم هذا المبحث الى المطلبين الآتيين:

المطلب الاول: تكوين محكمة التمييز الاتحادية وتطور نظامها القانوني.

المطلب الثاني: إختصاص محكمة التمييز الاتحادية.

المطلب الأول

تكوين محكمة التمييز الاتحادية وتطور نظامها القانوني

تقوم محكمة التمييز الاتحادية بممارسة أدوارها ومهامها من خلال عدد مـن الهيئات التي تكفل قيامها بمهامها على الوجه الأكمل ويراعى في تعدد هذه الهيئات التخصص في النظر في نوع أو أكثر من نوع من الدعاوى ولأجل تسليط الضـوء على هذه الهيئات وإختصاصاتها ينبغي أن نتطرق أولاً الى تعريف محكمة التمييـز

[1] تجدر الاشارة الى انه تمت اضافة كلمة (الاتحادية) الى محكمة التمييز بموجـب المـادة (89) مـن دستور جمهورية العراق للعام 2005 فأصبحت تسمى محكمة التمييز الاتحادية.

لغوياً وقانونياً ومن ثم بيان هيئاتها وبعد ذلك نتناول المراحل التاريخيـــة لتكـــوين محكمة التمييز في العراق، لذلك سوف نقسم هذا المطلب على الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: تعريف محكمة التمييز وبيان هيئاتها.

الفرع الثاني: تطور النظام القانوني لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية.

الفرع الأول

تعريف محكمة التمييز وبيان هيئاتها

نحاول في هذا الفرع تعريف محكمة التمييز لغوياً وقانونياً أولاً ومن ثم بيان الهيئات التي تتكون منها في ثانياً.

أولاً: تعريف محكمة التمييز لغوياً وقانونياً

1- محكمة التمييز لغة مكونة من كلمتين: محكمة، التمييز

المحكمة لغة من حكم او الحكم هو العلم والفقه[1]، قال تعالى: (وآتينه الحكم صبياً)[2] والحكم أيضاً هو القضاء بالعدل، والمحاكمة المخاصـــمة الـــى الحـــاكم[3] والمحكمة هي المكان الذي يجلس فيه القضاة ويحتكم اليهم الناس في منازعاتهم.

والتمييز من ميز – ماز الشيء عزله وفرزه، ويقال أمتاز القـــوم إذا تميـــز بعضهم من بعض.[4] أما محكمة التمييز قانوناً: هي الهيئة القضـــائية العليـــا التـــي تمارس الرقابة القضائية على جميع المحاكم مالم ينص القانون على خلاف ذلك[5].

---

(1) أبن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، مادة حكم، دار لسان العرب، بدون ســـنة طبـــع، بيـــروت، ص720.

(2) سورة مريم، الاية (12).

(3) محمد بن أبي بكربن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1983، ص158.

(4) محمد بن أبي بكربن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، المرجع السابق، ص640.

(5) المادة (12) من قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 المعدل، مع ملاحظة أن قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 المعدل المصري لم يتطرق الى تعريف محكمة النقض، وكذلك قـــانون تشكيل المحاكم النظامية الأردني رقم (17) لسنة 2001 لم يرد فيها المقصود بمحكمة التمييز.

وقد أطلقت هذه التسمية عليها[1]، إنسجاماً مع طبيعة مهامها، حيث تميز بين الصحيح من الأحكام وبين الخطأ منها فتصدق الصحيح وتنقض الخطأ[2].

وتجدر الاشارة الى أن قانون الخدمة القضائية العراقي رقم (27) لسنة 1945 الملغي، لم يرد فيه نص يبين المقصود بمحكمة التمييز، الإ أن المادة الثانية من قانون تشكيل المحاكم رقم (3) لسنة 1945 الملغي قد نص على أن تكون محكمة التمييز المرجع الأعلى للمحاكم المدنية.

أما فيما يتعلق بقانون السلطة القضائية العراقي رقم (26) لسنة 1963الملغي فقد أشارت في المادة (10) منه الى أن محكمة التمييز هي الهيئة القضائية العليا لجميع المحاكم المدنية ويكون مقرها في بغداد.

ومن الجدير بالذكر أنه تم تأسيس محكمة التمييز في أقليم كوردستان العراق بموجب قانون السلطة القضائية رقم (14) لسنة 1992 وتعديلاته، وقد صدر قانون جديد للسلطة القضائية في الأقليم وأشار في المادة العاشرة منه الى أن محكمة التمييز هي الهيئة القضائية العليا التي تمارس الرقابة القضائية على جميع المحاكم المدنية في الأقليم[3].

ثانياً: هيئات محكمة التمييز

تتألف محكمة التمييز الاتحادية من رئيس وخمسة نواب للرئيس وقضاة لايقل عددهم جميعاً عن ثلاثين ويكون مقرها في بغداد[4]، وتدار هذه المحكمة من قبل رئيس المحكمة ويجري توزيع العمل فيها من (هيئة الرئاسة) المكونة من رئيس

---

(1) تسمى هذه المحكمة في مصر بمحكمة النقض وفي الأردن تسمى بمحكمة التمييز.

(2) مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات رقم 83 لسنة 1969 وتطبيقاته العملية، ط2، بغداد، 2008، ص276.

(3) قانون السلطة القضائية لأقليم كوردستان – العراق رقم (23) لسنة 2007.

(4) راجع المادة (12) من قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 المعدل.

المحكمة ونواب الرئيس أو أقدم القضاة في المحكمة عند غياب أحد نواب الرئيس[1].

وتضم محكمة التمييز عدداً من الهيئات التي تكفل قيامها بمهامها على الوجه الأكمل ويراعى في تعدد هذه الهيئات التخصص في نظر نوع أو أكثر من الدعاوى، وهيئات محكمة التمييز هي[2]:

أ- الهيأة العامة: وتنعقد برئاسة رئيس محكمة التمييز الإتحادية أو أقدم نوابه عند غيابه او وجود مانع قانوني من إشتراكه وعضوية نوابه وقضاة المحكمة العاملين فيها كافة وتختص بالنظر فيما يأتي:

1- مايحال عليها من أحدى الهيئات إذا رأت العدول عن مبدأ قررته أحكام سابقة.

---

(1) راجع المادة (14) من قانون التنظيم القضائي، مع ملاحظة أن قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972 والمعدل بالقانون رقم (17) لسنة 2007 قد نص في المادة (3) منه على أنه تؤلف محكمة النقض من رئيس وعدد كافٍ من نواب الرئيس والقضاة، وكذلك فإن قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردني رقم (17) لسنة 2001 قد نص في المادة (9) منه على أنه تشكل محكمة التمييز في عمان وتؤلف من رئيس واحد وعدد من القضاة بقدر الحاجة.

(2) راجع المادة (13) من قانون التنظيم القضائي، مع ملاحظة أن قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972 المعدل قد نص في المادة (4) منه على أنه تشكل الجمعية العامة لمحكمة النقض هيئتين بالمحكمة يتكون كل منهما من أحد عشر مستشارا برئاسة رئيس المحكمة أو أحد نوابه أحداهما للمواد الجنائية والثانية للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية وغيرها، أما فيا يتعلق بمحكمة التمييز الأردنية فأن المادة (9) من قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردني رقم (17) لسنة 2001 قد بين أن هناك هيئتان أحداهما عادية وتتشكل من خمسة قضاة يرأسها القاضي الأقدم والهيئة الأخرى هي الهيئة العامة وتتشكل من رئيس وثمانية قضاة، ولاتنعقد محكمة التمييز الأردنية بهيئة عامة الا في حالات خاصة بينتها المادة (9-أ) من القانون المذكور وهي:1- حالة إصرار محكمة الإستئناف على قرارها المنقوض 2- اذا كانت القضية المعروضة عليها تدور حول نقطة قانونية مستحدثة او على جانب من التعقيد أو تنطوي على أهمية عامة. للمزيد حول الموضوع راجع استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني، دار الرسالة للنشر، عمان، 2007، ص27.

2- الدعاوى الجزائية التي صدر فيها حكم بالاعدام.
3- الفصل في النزاع الذي يقع حول تعارض الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة التمييز الاتحادية.

ب- الهيأة الموسعة المدنية[1]: وتنعقد برئاسة رئيس محكمة التمييز الإتحادية أو أقدم نوابه عند غيابه أو وجود مانع قانوني من إشتراكه فيها وعضوية مالايقل عن ستة من قضاتها وتختص بالنظر فيما يأتي:
1- النزاع الحاصل حول تنفيذ حكمين مكتسبين درجة البتات متناقضين صادرين في موضوع واحد إذا كان بين الخصوم أنفسهم أو كان أحدهم طرفاً في هذين الحكمين وترجح أحد الحكمين وتقرر تنفيذه دون الحكم الآخر.
2- النزاع الحاصل حول تعيين الاختصاص في نظر الدعوى الذي يقع بين محكمتين.
3- مايحيله عليها رئيس المحكمة للبت فيه من أحكام وقرارات تقع ضمن اختصاص المحكمة وفقاً للقانون الذي صدرت بموجبه تلك الأحكام والقرارات المتعلقة بالقضايا المدنية وقضايا الأحوال الشخصية.

ج- الهيأة الموسعة الجزائية: ويكون أنعقادها وتشكيلها بنفس كيفية إنعقاد وتشكيل الهيئة الموسعة المدنية، وتختص في ما يأتي:
1- ما يحيله عليها رئيس المحكمة للبت فيه من أحكام وقرارات تقع ضمن إختصاص المحكمة وفقاً للقانون الذي صدرت بموجبه تلك الأحكام والقرارات المتعلقة بالقضايا الجزائية.

---

(1) للمزيد من التفصيل راجع مدحت المحمود، القضاء في العراق، بغداد، 2010، ط2، ص63، بدون دار للنشر، وتجدر الاشارة الى أن الفقرة رابعاً ـ أ ـ من المادة (13) من قانون التنظيم القضائي أجاز تعدد الهيئات أو تأليف هيئات أخرى بقرار من هيئة الرئاسة.

2- الفصل بالنزاع الحاصل بين المحاكم الجزائية فيما يتعلق بالاختصاص النوعي لها.

د- الهيأة المدنية: وهي مقسمة الى:

1- الهيأة الاستئنافية التي تنظر في العقار.

وتنعقد برئاسة نائب الرئيس وعضوية أربعة من القضاة في الأقل وتختص بالنظر في الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الإستئناف بصفتها الأصلية في الدعاوى المدنية والمتعلقة بالعقار.

2- الهيأة الاستئنافية التي تنظر في المنقول.

وتنعقد برئاسة نائب الرئيس وعضوية أربعة من القضاة في الأقل وتختص بالنظر في الأحكام والقرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف بصفتها الأصلية والمتعلقة بمال منقول.

وتختص كذلك بالبت بالطعون التي يقدمها رئيس الإدعاء العام في مجال الطعن لمصلحة القانون بموجب أحكام المادة (30) من قانون الإدعاء العام رقم 159 لسنة 1979. كما تختص بالبت في الطعون المقدمة بشأن الشكاوى من المحامين وتأديبهم والأمور التي أجازت المادة (123) من قانون المحاماة رقم (173) لسنة 1965 المعدل الطعن بها وفق القانون.

3- الهيأة المدنية التي تنظر في العقار.

وتنعقد برئاسة نائب الرئيس أو أقدم أعضاء الهيأة وعضوية أثنين من قضاة المحكمة في الأقل وتختص بالنظر بالطعون بالأحكام والقرارات المتعلقة بالعقار والتي لم يطعن بها أستئنافاً أو غير الخاضعة للطعن بطريق الاستئناف، وكذلك النظر بالقرارات التي تصدرها لجان تعويضات النفط المشكلة بموجب القرار (1018) لسنة 1982.

4- الهيأة المدنية التي تنظر في المنقول والمتفرقة.

وتنعقد وتتشكل هذه الهيأة بنفس طريقة تشكيل وانعقاد الهيئات المدنيةالتي تنظر في العقار وتختص بالنظر في الطعون المقدمة بشأن الأحكام والقرارات التي لم يطعن بها إستئنافاً أو غير الخاضعة أصلاً للطعن بطريقة الإستئناف، والمتعلقة بالمنقول والأمور المتفرقة الأخرى ومنها:

- البت بالطعون المقدمة على قرارات لجنة تدقيق قضايا المتقاعدين بمقتضى أحكام الفقرة ثالثاً من المادة (20) من قانون التقاعد الموحد رقم 27 لسنة 2006 المعدل بالقانون رقم 69 لسنة 2007.
- البت بالطعون التمييزية المقدمة على قرارات لجان التعويض بشأن حوادث الوفيات والإصابات التي تسببها المركبات بموجب أحكام قانون التأمين الإلزامي من حوداث السيارات رقم 52 لسنة 1980، بمقتضى قرار تشكيلها رقم 815 في 1982[1].

هـ - هيئات الأحوال الشخصية:

1- هيأة الأحوال الشخصية الأولى: وتنعقد برئاسة نائب الرئيس أو أقدم أعضاء الهيأة وعضوية إثنين من قضاة المحكمة في الأقل وتختص بالنظر في الطعون بالأحالة والقرارات الصادرة من محاكم الأحوال الشخصية وفق إختصاصاتها المثبتة بالمادة (300) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل، والنظر بقضايا المواد الشخصية لغير المسلمين.

---

[1] وتجدر الاشارة الى ان قانون التامين الالزامي من حوادث السيارات رقم (52) لسنة 1980 لايزال نافذا وان صدور القانون رقم (17) لسنة 2005 (قانون الغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعوى) لم يلغ اختصاص لجان التعويض المشكلة بموجب القانون التامين الالزامي المشار اليه، هذا ماقضت به الهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية بقرارها رقم 393، هيئة عامة /2008 في 2009/3/28، النشرة القضائية، تصدر عن مجلس القضاء الاعلى، العدد الاول، السنة الرابعة، 2011، ص85.

2- هيأة الأحوال الشخصية الثانية: وتتشكل وتنعقد بنفس طريقة تشكيل وأنعقاد الهيئاة الأولى وتختص بالنظر بالطعون المقدمة بالأحكام والقرارات الخاصة بالمفقود وما يتعلق به والغائبين والقاصرين وفق قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980 المعدل.

الفرع الثاني

تطور النظام القانوني لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية

وقع العراق تحت الحكم العثماني في الفترة مابين 1532 -1917م[1]، وخلال فترة الحكم هذه عرف العراق نوعاً واحداً من المحاكم هي المحاكم الشرعية، التي كانت تعتمد في أحكامها على مباديء الشريعة الأسلامية، المذهب الحنفي وتطبق قواعدها على النزاعات التي تعرض عليها[2]، وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر قامت حركة التقنيين في الدولة العثمانية فصدرت قوانين عديدة، منها قانون أصول المحاكمات الحقوقية، وقانون تشكيل المحاكم النظامية، وقد تضمن القانون الأول أسباب الطعن بالتمييز، ونص القانون الثاني على تأسيس محكمة التمييز ويكون مقرها في (الأستانة) عاصمة الدولة العثمانية، وكانت المحكمة عند تأسيسها تتكون من دائرتين: دائرة الحقوق ودائرة الجزاء[3].

وبعد أحتلال بريطانيا للعراق في الحرب العالمية الأولى، أصدرت السلطة المحتلة بيان تأسيس المحاكم رقم (6) لسنة 1917م الذي ألغى بموجبه الطعن بالتمييز في الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم ولاية بغداد. وجاء في البيان المذكور على تأسيس محكمة إستئناف في بغداد.

---

(1) د. هشام سوادي هاشم، تاريخ العرب الحديث من الفتح العثماني الى نهاية الحرب العالمية الاولى (1516- 1918)، دار الفكر، عمان، 2010، ص16.

(2) مدحت المحمود، القضاء في العراق، مصدر سابق، ص12.

(3) د. عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في الاحكام بالتمييز في قانون المرافعات المدنية، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1991، ص57.

ثم صدر البيان المؤرخ في 14 مايس سنة 1921 الذي عدل البيان رقم (6) أعلاه ونص على جواز تأسيس محكمة تمييز للعراق. بموافقة المندوب السامي وتؤلف من رئيس وعدد من الحكام يقرره من حين الى حين، والى أن تؤسس محكمة تمييز مستقلة تقوم محكمة الإستئناف مقام محكمة التمييز، على أن محكمة التمييز لم يتم تأسيسها الا بعد صدور الأرادة الملكية في 20 كانون الأول من العام 1925 التي نصت على تشكيل محكمة تمييز في بغداد تكون ذات صلاحية في تدقيق وحسم كافة الدعاوى التي هي من وظائف محكمة التمييز.

وفي سنة 1945 صدر قانون تشكيل المحاكم رقم (3) لسنة 1945 ونص في المادة (الثانية) منه على أن تكون محكمة التمييز المرجع الأعلى للمحاكم المدنية وتنعقد في العاصمة ولايقل عدد حكامها عن عشرة بضمنهم الرئيس ونائباه، وتقسم محكمة التمييز الى هيئتين، الهيأة الحقوقية والهيأة الجزائية وتنعقد كل منهما من عدد لايقل عن ثلاثة حكام ويجوز تعدد الهيئات عند الأقتضاء[1].

وفي سنة 1963صدر قانون السلطة القضائية رقم 26 فألغى قانون تشكيل المحاكم رقم (3) لسنة 1945 ونص على أن محكمة التمييز هي الهيأة القضائية العليا لجميع المحاكم المدنية ويكون مقرها في بغداد وتتألف من رئيس وعدد كاف من نواب الرئيس ومن حكام دائميين لايقل عددهم عن خمسة عشر وحكام منتدبين وحكام مقررين بقدر ماتدعو اليه الحاجة[2].

وبتاريخ 1979/2/10 صدر قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 ليحل محل قانون السلطة القضائية رقم (26) لسنة 1963 ونص على أن محكمة التمييز هي الهيأة القضائية العليا التي تمارس الرقابة القضائية على جميع المحاكم مالم ينص القانون على خلاف ذلك[3].

---

(1) المادة الثالثة من قانون تشكيل المحاكم رقم (3) لسنة 1945.

(2) المادة (10) من قانون السلطة القضائية رقم (26) لسنة 1963 الملغي.

(3) المادة (12) من قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 المعدل وتجدر الاشارة الى ان المادة (9) من قانون السلطة القضائية لاقليم كوردستان اشارت الى ان محكمة التمييز تتالف من رئيس وحكام لا يقل عددهم عن سبعة ويكون مقرها اربيل.

المطلب الثاني

إختصاص محكمة التمييز الإتحادية

الاختصاص هو نصيب المحاكم من القضايا التي يجوز لها الفصل فيها[1] ولم يرد في قانون المرافعات العراقي النافذ رقم 83 لسنة 1969 المعدل تعريف للإختصاص ولكن قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 88 لسنة 1956 الملغي عرف الإختصاص في المادة (20) منه بأنه (أهلية المحكمة لرؤية الدعوى بمقتضى القانون)، ويطلق إصطلاح الإختصاص في مصر على سلطة المحاكم على إختلاف درجاتها[2] أما في قانون المرافعات العراقي النافذ فقد فرق بين الإختصاص وبين الصلاحية، فقد خص الصلاحية بالاختصاص المكاني وأستخدم مصطلح الإختصاص بمعناه العام فيما عدا ذلك[3]، وفيما يتعلق بقانون تشكيل المحاكم النظامية في الأردن فقد ورد فيها مصطلح الصلاحية مرادفاً للإختصاص[4].

ولغرض بيان إختصاصات محكمة التمييز الإتحادية، ينبغي التطرق الى الاختصاص النوعي لها وفي هذا المجال سوف يطرح التساؤل حول أهمية القرارات التي تصدرها محكمة التمييز، هل تعد هذه القرارات بمثابة تشريع بوصفها صادرة من أعلى هيئة قضائية في العراق؟ أما فيما يتعلق بالإختصاص المكاني لمحكمة التمييز الإتحادية، فأنها تتحدد بالرقعة الجغرافية لجمهورية العراق بإستثناء أقليم كوردستان – العراق حيث يوجد فيها محكمة تمييز أقليمية.

---

(1) أستاذنا د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، جامعة الموصل، 2000، ص90.

(2) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص226.

(3) أستاذنا د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص90.

(4) د. عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، ط1، ج1، دار وائل للنشر، الأردن 2003 ص155.

وعلية سنقسم هذا المطلب الى الفرعين الآتيين:

الفرع الاول: الاختصاص النوعي لمحكمة التمييز الإتحادية.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للقرارات التي تصدرها محكمة التمييز الاتحادية.

الفرع الاول

الاختصاص النوعي لمحكمة التمييز الإتحادية

الاختصاص النوعي هو سلطة المحاكم في الفصل في المنازعات بحسب جنسها أو نوعها وطبيعتها، فالمعيار أوضابط إسناد الاختصاص للمحاكم هنا هو نوع أو طبيعة الحق محل الحماية أو موضوعها بصرف النظر عن قيمتها[1]. وهذا النوع من الاختصاص يعد من النظام العام، وهذا يعني أن المحاكم ملزمة بمراعاة قواعده، وليس لها الخروج عليها، كما أنه لايمكن لأطراف الدعوى الإتفاق على خلافه، ويقع باطلاً كل إتفاق يقضي بغير ذلك[2].

وتختص محكمة التمييز الإتحادية بالنظر في تمييز الأحكام الصادرة من المحاكم الآتية[3]:

---

(1) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سبق ذكره، ص243.

(2) د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، بغداد، 2009، ط1، ص88.

(3) أما بخصوص الإختصاص النوعي لمحكمة النقض المصرية فتتحدد بما يأتي:

أ. الأحكام الصادرة من محاكم الأستئناف أذا كانت قيمة الدعوى أكثر من مائة الف جنيه أو كانت غير مقدرة القيمة.

ب. الحكم الانتهائي أيا كانت المحكمة التي أصدرته، سواء كانت محكمة جزائية أو محكمة أبتدائية الذي فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي.

ج. الأحكام الانتهائية التي يجيز القانون للنائب العام الطعن فيها لمصلحة القانون وذلك في الأحوال الآتية:

- الأحكام التي لايجيز القانون للخصوم الطعن فيها.
- الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن، راجع المواد (248، 250) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968 المعدل. وفيما يتعلق--

1- النظر في الطعون بطريق التمييز بالاحكام الصادرة من محاكم الإستئناف بصفتها الإستئنافية[1].

2- النظر في الطعون بطريق التمييز بالأحكام الصادرة من محاكم البداءة في الدعاوى التي تخرج من إختصاص محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية[2].

3- الأحكام الصادرة من محكمة البداءة بدرجة أولى وتميز مباشرة دون أستئنافها[3].

4- الأحكام الصادرة من محاكم الأحوال الشخصية[4].

5- أحكام وقرارات محكمة العمل[5].

6- الأحكام التي ينص القانون على أنها تميّز أمام محكمة التمييز وهي كالأتي:

أ- البت بالطعون التي يقدمها رئيس الإدعاء العام في مجال الطعن لمصلحة القانون[6].

ب- البت في الطعون المقدمة بشأن الشكاوى من المحامين والأمور التي أجاز قانون المحاماة الطعن بها وفق القانون[7].

ج- القرارات التي تصدرها لجان تعويضات النفط[8].

=بالإختصاص النوعي لمحكمة التمييز الأردنية فتتحدد بالاحكام الصادرة عن محاكم الإستئناف في الدعاوى التي تزيد قيمتها على عشرة آلاف دينار، أما الاحكام الاستئنافية الأخرى، أي التي تقل قيمتها عن عشرة آلاف دينار فلا تقبل الطعن بالتمييز إلا بإذن من رئيس محكمة التمييز أومن يفوضه. راجع المادة (191) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988 المعدل.

[1] المادة (35) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

[2] المادة (31) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

[3] المادتان (35 ، 203) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ .

[4] المادة (203) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

[5] المادة (138) من قانون العمل رقم (71) لسنة 1987 المعدل.

[6] المادة (30) من قانون الإدعاء العام رقم (159) لسنة 1979.

[7] المادة (123) من قانون المحاماة رقم (173) لسنة 1965 المعدل.

[8] القرار رقم (1018) لسنة 1982.

د- البت بالطعون المقدمة على قرارات لجنة تدقيق قضايا المتقاعدين[1].

هـ - البت في الطعون المقدمة على قرارات لجان التعويض عن الضرر بشأن حوادث الوفيات والأصابات التي تسببها المركبات[2].

7- البت في مسألة نقل الدعوى[3] وكذلك الشكوى من القضاة إذا كانت الدعوى تتعلق بالشكوى من رئيس أو أحد قضاة محكمة الأستئناف[4].

8- النظر في الطعون بالقرارات المنصوص عليها في المادة (216) من قانون المرافعات إذا كانت صادرة من محكمة الإستئناف بصفتها الأستئنافية او محاكم الأحوال الشخصية والمتعلقة بالقضاء المستعجل والقرارات الوقتية.

ونظراً الى كثرة الطعون المقدمة الى محكمة التمييز ولإعتبارات تتعلق بحسن سير العدالة وتقريب القضاء من المواطنين أعطيت محاكم الإستئناف صفة تمييزية، للنظر في الطعون المرفوعة على بعض الأحكام والقرارات، وتحوز محكمة الإستئناف في هذه الحالة صفة محكمة التمييز وتمارس صلاحياتها الا إذا نص القانون على خلاف ذلك[5].

وقد جاء في الأسباب الموجبة للقانون رقم (3) لسنة 1977 أن الهدف من أصدار القانون هو: للتخفيف عن كاهل محكمة التمييز لتتفرغ للعناية بالقرارات المتعلقة بالدعاوى المهمة، وتختص محكمة الأستئناف بصفتها التمييزية بالنظر في الطعن بطريق التمييز بالأحكام والقرارات الصادرة من محكمة البداءة بدرجة اخيرة قابلة للتمييز للنظر في الدعاوى الاتية[6]:

1- دعاوى الدين والمنقول لغاية خمسمائة دينار.

---

(1) الفقرة ثالثاً من المادة (20) من قانون التقاعد الموحد رقم (27) لسنة 2006 المعدل.

(2) القرار رقم (815) لسنة 1982.

(3) المادة (97) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

(4) المادتان (287، 292) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

(5) التعديل الخامس لقانون المرافعات المدنية الصادر بالقانون رقم (3) لسنة 1977.

(6) المادة (31) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

2- دعاوى إزالة الشيوع في العقار او في المنقول مهما بلغت قيمتها.
3- دعاوى الحيازة وطلب التعويض عنها إذا رفعت بالتبعية ولم تتجاوز خمسمائة دينار.
4- دعاوى تخلية المأجور مهما بلغت الأجرة سواء كان المأجور خاضعاً لأحكام قانون إيجار العقار أم لأحكام القانون المدني.
5- دعاوى الأقساط المستحقة لحد خمسمائة دينار او بقية الدين إذا كان خمسمائة دينار أو أقل[1].
6- الدعاوى التي تنص القوانين على الطعن في الأحكام والقرارات الصادرة فيها بطريق التمييز أمام محكمة الأستئناف، منها:
أ- القرارات الصادرة بموجب قانون التنفيذ وقانون رعاية القاصرين[2].
ب- القرارات الصادرة بموجب قانون الإستملاك[3].

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للقرارات التي تصدرها محكمة التمييز الاتحادية

سبق وأن بينا أن محكمة التمييز الأتحادية تعد الهيأة القضائية العليا في النظام القضائي العراقي ولما كان الأمر كذلك فأن التساؤل يطرح حول أهمية القرارات التي تصدرها هذه المحكمة بوصفها (الهيئة القضائية العليا)، وهل تعد هذه القرارات سابقة قضائية يجب التقيد بها من قبل جميع المحاكم؟

---

[1] تجدر الاشارة الى أن مبلغ الـ (خمسمائة) دينار الواردة في الفقرات (1، 2، 3) أعلاه لم يعد له قيمة تذكر في الوقت الحاضر ويجدر بالمشرع تعديل هذا المبلغ وجعله خمسمائة الف دينار على أقل تقدير لكي ينسجم مع التغيرات الحاصلة على قيمة النقد.

[2] المادتان (121، 122) من قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980 والفقرة الأولى من المادة (75) من قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980.

[3] المادة (61) من قانون الأستملاك رقم (12) لسنة 1981.

للأجابة عن هذا التساؤل ينبغي أولاً بيان المقصود بالسوابق القضائية ومن ثم نتطرق الى السوابق القضائية في النظام القانوني العراقي.

أولاً: المقصود بالسوابق القضائية

تعرف دائرة المعارف البريطانية السابقة القضائية بأنها (حكم أو قرار محكمة يستشهد به كمثيل أو مشابه لتبرير الحكم في قضية مشابهة أو مسألة قانونية متشابهة بنفس الطريقة)[1] ويعرفها البعض[2] بأنها: (قرار قضائي يتضمن في ذاته مبدأ جديداً و يجري الألتزام به في القضايا المشابهة للقضية التي صدر فيها ذلك القرار).

والسابقة القضائية في النظام الأنكليزي هي قرار تتخذه محكمة عليا حول قضية قانونية مختلف عليها، يكون لها وجوب الإتباع من قبل المحاكم الاقل درجة التابعة لها، التي تحكم في الأختصاص نفسه، وذلك حتى تتبدل الظروف وصدور سابقة جديدة تحل محلها أو صدور قانون من السلطة المختصة بشأن الموضوع[3].

أن للسوابق القضائية فوائد تتمثل بإستقرار المعاملات، وذلك من خلال إستقرار الحلول للمعاملات المستجدة، وهذا الإستقرار هو أساس التعامل الأقتصادي والصناعي في المجتمع، حيث يكون الأنسان مطمئناً على نتيجة العمل الذي باشره ولذلك يستمر على إنتهاجه وأن الإستقرار والإنسجام هما أساس العمل القضائي، ذلك أن القضايا التي هي من نوع واحد يجب أن يكون لها حكم واحد[4].

---

(1) Encyclo Peadia Britannice Micropeadia، 15 th ed،u.s.A. 1974،VOL0 111، P.522 اشار اليه محمد احمد رمضان، دور القاضي في أنشاء القاعدة القانونية المدنية، رسالة ماجستير، بغداد، 1985، ص207.

(2) د. صلاح الدين الناهي، النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف، مطبعة أسعد، بغداد، 1968 ص61.

(3) روبرت كروس، السوابق القضائية في القانون الأنكليزي، ترجمة د. محمد الشيخ عمر، بيروت، 1992، ص24.

(4) د. صالح محسوب، السوابق القضائية ودورها في الإستقرار القضائي، منشورات العدالة، بغداد، 2002، ص45.

ثانياً: النظام القانوني العراقي والسوابق القضائية[1]:

إن النظام القانوني العراقي لم يأخذ بنظام السوابق القضائية المعمول به في القانون الأنكليزي، بل حدد قواعد التدرج القانوني في الفقرة الاولى من المادة الأولى من القانون المدني العراقي التي جعلت من النص التشريعي، ثم العرف ثم مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون ودون التقيد بمذهب معين، ثم قواعد العدالة الأساس الذي تعتمده في تطبيق.

أما قرارات المحاكم فإن القانون المدني العراقي جعل من أحكامها مرشداً للمحاكم في تطبيق القانون وهذا يعني أن قرارات المحاكم غير واجبة الإتباع إلا في المسائل المحكوم فيها، أما فيما عدا ذلك فإن المحاكم يمكن أن تسترشد بالاحكام التي أقرها القضاء في العراق، فالمبادئ القضائية التي يمكن إستخلاصها من قرارات المحاكم، ليست لها قوة القواعد القانونية التي أقرها المشرع لأنها صدرت وفقاً لأوضاع وحقائق خاصة بالقضية موضوع النزاع، ولأنها قد تكون غير واضحة لذا لايلزم بإتباعها ولأنها كذلك قابلة للتغيير طبقاً للظروف الجديدة.

ولما كانت قرارات المحاكم لاتعد تشريعاً، فإن المشرع العراقي وأيماناً منه بأن الأحكام التي تصدرها محكمة التمييز الاتحادية تعد أحكاماً مهمة، فإن المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المدنية قد جاء فيها (أن قرار الهيئة العامة، وهي أعلى هيئة قضائية في البلاد يكون عنوان الحقيقة والأقرب الى السداد، فلا يقبل المساس به ولأضعاف الثقة فيه عن طريق السماح للمحاكم الدنيا بمخالفته او الاصرار على رأي آخر مهما كانت الاسباب والعلل).

---

[1] مع ملاحظة أن النظام القانوني المصري وكذلك الأردني لم يأخذا بنظام السوابق القضائية راجع د. فتحي والي الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سبق ذكره، ص723، كذلك راجع د. عوض احمد الزعبي، إصول المحاكمات المدنية، ج2، مرجع سبق ذكره، ص872.

وتجدر الاشارة الى أن العمل يجري حالياً في محكمة التمييز الإتحادية وعند إصدار قرار معين في دعوى مطعون بها أمامها على ذكر عبارة: (وهذا ما أستقرعليه قضاء هذه المحكمة في العديد من قراراتها)[1]، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن هذه المحكمة تتخذ من القرارات الصادرة عنها في قضايا سابقة قاعدة او مرجعاً قانونياً لما يتلى من القضايا من حيث الموضوع والنقاط الجوهرية.

---

[1] قرار محكمة التمييز الإتحادية المرقم 1459 / إستئنافية عقار / 2008 في 2008/6/26، كذلك القرار رقم 1499 / استئنافية عقار / 2008 في 2008/6/29، كذلك القرار رقم 1052 / إستئنافية عقار / 2009 في 2009/4/13، القرارات غير منشورة0

المبحث الثاني

ماهية الدعوى المدنية

ان القاضي المدني لايباشر وظيفته القضائية الا بناءً على طلب، فلو علم القاضي بوجود نزاع بين شخصين فأنه لايستطيع النظر فيه دون طلب من احدهما،[1] وحق الالتجاء الى القضاء حق مباح لكل شخص، فلا يمنع احد من مراجعة المحاكم، اذ يعد حق التقاضي مقدساً، واصبح هذا الحق من الحقوق العامة التي لايجوز النزول عنها[2]، وهو حق يكفله الدستور[3]، ولما كانت محكمة التمييز لاتباشر وظيفتها بصور تلقائية، وإنما تباشرها في نطاق دعوى معينة بناءً على طلب الخصم الذي اصابته خسارة جراء مخالفة الحكم الصادر في الدعوى للقانون، لذا يكون لزاماً علينا التعريف بالدعوى المدنية وبيان خصائصها وشروطها ومن ثم تمييزها عن الدعاوى الاخرى كالدعوى الادارية والدعوى الجزائية.

وعليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين:

المطلب الاول: مفهوم الدعوى المدنية.

المطلب الثاني: تمييز الدعوى المدنية من الدعاوى الأخرى.

---

(1) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مصدر سابق، ص425.

(2) جاء في قرار محكمة تمييز العراق رقم 24/مدنية اولى/2008 في 2008/4/16 (ان حق التقاضي حق عام لايجوز التنازل عنه، لان التنازل عنه يعتبر مخالفاً للنظام العام)، النشرة القضائية، العدد الرابع، 2009، ص23.

(3) تنص (الفقرة ثالثاً) من المادة (19) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 على مايأتي (التقاضي حق مصون ومكفول للجميع).

المطلب الاول

مفهوم الدعوى المدنية

ان كلمة الدعوى في قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ قد استعمل للدلالة على عدة معان[1]، ومهما يكن من الامر المقصود بهذه المصطلحات، فإن الذي يهمنا في مجال دراستنا هو تعريف الدعوى من الناحية اللغوية والاصطلاحية ومن ثم بيان خصائص الدعوى المدنية واخيراً نتناول شروط قبول الدعوى المدنية لذلك سوف نقسم هذا المطلب الى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تعريف الدعوى المدنية وبيان خصائصها.

الفرع الثاني: شروط قبول الدعوى.

الفرع الأول

تعريف الدعوى المدنية وبيان خصائصها

للدعوى تعريفات عدة، فهنالك التعريف اللغوي والتعريف الشرعي فضلاً عن التعريف الاصطلاحي، وهذا ماسنتناوله في اولاً وكذلك فإن الدعوى تتميز بصفات معينة سنتطرق اليها ثانياً.

---

[1] فقد تم استخدام كلمة الدعوى بمعنى المطالبة القضائية، وبمعنى حق التقاضي ايضاً، واستعملت كلمة الدعوى في احيان اخرى، بمعنى مجموعة الإجراءات والمرافعات أمام القضاء والتي تنتهي بها الدعوى. للمزيد من التفصيل راجع ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني،بغداد، 1973، ص93 وما بعدها فقد جاء في قانون المرافعات المدنية اصطلاح مصاريف الدعوى والمقصود بذلك هو مصاريف المرافعة، وكذلك جاء في قانون المرافعات العراقي مصطلح وقف الدعوى، ومصطلح انقطاع السير في الدعوى، والمقصود من كلا الاصطلاحين هو وقف المرافعة وانقطاع المرافعة.

اولاً: تعريف الدعوى

الدعوى لغةً اسم من الادعاء وهو المصدر وتجمع على دعاوي بكسر الواو ودعاوى بفتحها[1]، والإدعاء من باب الإفتعال، والادعاء هو المصدر ومنه الاشتقاق، وادعى يدعي إدعاءً، وهو اسم لما يدعى، وادعيت الشي زعمته لي حقاً أو باطلاً[2].

وللدعوى اطلاقات متعددة منها الحقيقي ومنها المجازي[3] نجملها على الشكل الآتي:

أ- الطلب والتمني كما في قوله تعالى (لهم فيها فاكهة ولهم مايدعون)[4].

ب-الدعاء الذي هو الرغبة الى الله تعالى فيما عنده والابتهال اليه بالسؤال.

ج- وتطلق الدعوى كذلك على الزعم المدعوم بالحجة والبرهان.

وفيما يتعلق بالتعريف الشرعي للدعوى، فهناك خلاف بين الفقهاء في أسلوب التعبير عن مضمونها وقد انقسموا الى أربعة اتجاهات[5]:

الأول: اعتبار الدعوى طلباً او مطالبة: عرف بعض الفقهاء الدعوى بقولهم انها (مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته)، واشترطوا في الحق ان يكون من حقوق العباد.

الثاني: اعتبار الدعوى قول: عرف بعض الفقهاء الدعوى بأنها (قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق لنفسه او دفعه عن حق نفسه).

الثالث: الدعوى أخبار:عرفها بعض الفقهاء بأنها (خبر تجرد عن مصدق يدل مضمونه للمخبر)، فالمخبر يخبر القاضي خبرا يحتمل الصدق بأن له حقاً بذمة من اخبر ضده عند القاضي.

---

(1) جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، مادة دعا، مرجع سبق ذكره، ص257-262.

(2) محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس في جواهر القاموس، ج10، دار الحياة، بيروت، ص128.

(3) محمد مرتضى الزبيدي، المرجع السابق، ص126.

(4) سورة يس الاية (57).

(5) للمزيد حول هذه الاتجاهات راجع د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص107.

الرابع: ومن الفقهاء[1] من ذهب الى تعريف الدعوى بأنها (إضافة الإنسان الى نفسه استحقاق شيء في يد غيره او في ذمته).

اما التعريف القانوني للدعوى، فأن جانب من الفقه أعطى للدعوى معنيين، الأول موضوعي بوصفها وسيلة لحماية الحق والثاني إجرائي بوصفها طلباً يقدم الى القضاء. فالمعنى الموضوعي للدعوى ينظر الى ماهية الدعوى او طبيعتها القانونية من حيث كونها وسيلة لحماية الحق، تنطوي على سلطة او مكنة مخولة لصاحب الحق يستطيع بمقتضاها ان يلجا الى القضاء لحماية حق او للمطالبة به[2].

اما المعنى الاجرائي – وهو المعنى الدارج او المألوف للكلمة فهو ينظر الى الدعوى بوصفها طلباً يقدم الى القضاء من صاحب المصلحة[3].

وبالنسبة لموقف التشريعات العربية من تعريف الدعوى، فقد تجنب معظمها ايراد تعريف للدعوى، على اساس تعلق الامر بمسائل فقهية لاينبغي ان تجد مكاناً لها في التشريع، وذلك لان كثيراً مايأتي التعريف قاصراً عن الاحاطة بمختلف اطرافه[4].

وفيما يتعلق بقانون المرافعات العراقي فقد عرف الدعوى بأنها (طلب شخص حقه من اخر أمام القضاء)[5]، وهو تعريف مقتبس من الفقه الاسلامي الذي تتسم فيه فكرة الدعوى بالوضوح التام، لهذا جاء التعريف المتقدم متميزاً بدقة الصياغة

---

(1) ابن قدامة، المغني، الجزء التاسع، ص271، نقلاً عن د. ادم النداوي، المرجع السابق، ص108.

(2) د. عبد الباسط جميعي، شرح قانون الاجراءات المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966، ص197.

(3) د. محمد العشماوي ود. عبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، القاهرة، 1957، ص553 بدون دار للنشر، انظر كذلك:

Vincent (Jean)،prociddre civil،Paris، 1996،p.153

(4) استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص197.

(5) المادة (2) من قانون المرافعات المدنية النافذ، مع ملاحظة ان قانون المرافعات المصري النافذ لم يتطرق الى تعريف الدعوى وكذلك فعل قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني النافذ.

اللغوية وهو وجيز واضح لايتمكن من هذا الإيجاز إلا من استوعب مايريد ان يعبر عنه استيعاباً تاماً[1].

والتعريف العراقي يشمل ايضاً الادعاء والدفع لان الدفع دعوى ايضاً كما تقرر ذلك المادة (8) من قانون المرافعات العراقي التي جاء فيها (الدفع هو الاتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلاً او جزءاً).

ثانيا: خصائص الدعوى

لما كانت الدعوى تعد وسيلة لحماية حق أو أي مركز قانوني إخر، فأنها تتميز بعدة خصائص يمكن ايجازها بما يأتي:

1- ان الدعوى وسيلة قانونية يلجأ بمقتضاها صاحب الحق او أي مركز قانوني اخر الى السلطة القضائية لحماية حقه، وبهذا لا تختلف الدعوى عن الوسائل الأخرى التي اباح القانون بمقتضاها لصاحب الحق ان يلتجأ الى سلطات اخرى كالسلطة التنفيذية[2]،لان هذه الوسائل ايضا وسائل قانونية وانما تختلف عنها لان الدعوى توجه الى القضاء.
2- انها وسيلة اختيارية، أي انها رخصة لصاحب الحق، فله مطلق الحرية في الالتجاء او عدم الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بحقه، وإذا كانت الدعوى حقاً للشخص ان يستعملها او ان لايستعملها، فإنه ينبغي عليه ان لايتعسف في استعمالها متجاوزاً الحدود التي رسمها له القانون بوصفها وسيلة لحماية الحق وليست سبيلاً للكيد والإضرار بمصالح الآخرين[3].

---

[1] د. ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرفعات المدنية، مصدر سابق، ص72، وكذلك د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية مصدر سابق، ص112، استاذنا د. عباس العبودي شرح أحكام المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص197.

[2] استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص198.

[3] احمد ابو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الاسكندية، 1982، ط2، ص97، د. ادهم وهيب النداوي، الوجيز في قاون الاثبات، بغداد، 1990، ص53.

3- ان الدعوى هي الوسيلة الحديثة التي حلت محل الانتقام الفردي، فالأصل في العصر الحديث، انه لايجوز للشخص ان يقضي لنفسه بنفسه "إلا في ظروف وحالات استثنائية خاصة[1] كما في حق الحبس للضمان[2].

الفرع الثاني
شروط قبول الدعوى

اوجب المشرع في قانون المرافعات المدنية النافذ توفر شروط معينة في الدعوى لكي يقبل النظر فيها، وتلك الشروط يجب توافرها في جميع الدعاوى، وعلى المحكمة ان تتحقق من توافرها قبل الدخول في أساس الدعوى، فإذا ظهر لها ان الشروط جميعها أو احدها لاتتوفر في الدعوى، فعليها ان تقرر ردها من هذه الجهة وليس من جهة موضوع الدعوى لان ذلك لايعني الفصل أو الحكم بموضوع الدعوى[3]. وقد حدد قانون المرافعات المدنية النافذ ثلاثة شروط لقبول الدعوى وهي الأهلية والصفة (الخصومة) والمصلحة،حيث سنتناولها تباعاً.

اولا: اهلية التقاضي

يشترط ان يكون كل من طرفي الدعوى متمعا بالاهلية اللازمة لمباشرة الدعوى بان يكون كل من طرفي الدعوى، سواء كان مدعياً ام مدعى عليه او شخصاً ثالثاً، متمتعاً بالاهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى، والا

---

(1) استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص199.

(2) ان المادة (280) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 النافذ اجازت لكل واحد من المتعاقدين ان يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البدل المستحق مع ملاحظة المادة (246) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 والمادة (387) من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 قد جاءتا بنفس الحكم السابق.

(3) د. سعدون ناجي القشطيني، شرح احكام المرافعات المدنية، ج1، مصدر سابق، ص100.

وجب ان ينوب عنه من يقوم مقامه قانوناً في استعمال هـذه الحقـوق[1]، واهليـة الادعاء مماثلة لأهلية التعاقد (ويعد كل شخص اهلاً للتعاقد مالم يقرر القانون عـدم اهليته اويحد منها)[2]، فالاهلية تتحدد وتكتسب وتفقد وفقاً لقانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته[3].

والاشخاص اما ان تكون معنوية او طبيعية، فالشخص المعنـوي يجـب ان يكون معترف به قانوناً ويباشر حق التقاضي بواسطة ممثله[4].

اما الشخص الطبيعي فهو الانسان، وتبدأ شخصية الانسان بميلاده حيا وتنتهي بموته[5]، فالإنسان منذ ولادته حتى السابعة من عمره يعد صغيراً غير مميز ومـن

---

(1) المادة (3) من قانون المرافعات المدنية النافذ مع ملاحظة عدم وجود مايقابل هذه المـادة فـي قـانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ وكذلك قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني، وتجـدر الاشارة الى أن اهلية التقاضي في القانون المصري وكذلك القانون الاردني تحكمها القواعـد العامـة المقررة في القانون المدني، حيث يجب ان يكون رافع الدعوى متمتعاً بالأهلية اللازمـة للجـوء الـى القضاء،فمن لم يكناهلاً للتقاضي ليس من حقه رفع الدعوى وانما يمكن ان يرفعها في هذه الحالة نيابـة عنه الولي او الوصي او القيم، لمزيد من التفصيل انظر د. فتحي والي، الوسيط في قـانون القضـاء المدني، مصدر سابق، ص301 ومابعدها وكذلك د. عوض احمد الزعبي، اصول المحاكمات المدنيـة، مصدر سابق، ص370.

(2) المادة (93) من القانون المدني العراقي والمادة(109) من القانون المدن المصري والمادة(116) مـن القانون المدني الاردني.

(3) الفقرة الاولى من المادة(18) من القانون المدني العراقي والفقرة (1) من المادة(11) من القانون المدني المصري والمادة (12) من القانون المدني الاردني.

(4) المواد 47-49 من القانون المدني العراقي، المادتين 52-53 من القانون المدني المصـري والمـواد 50-52 من القانون المدني الاردني.

(5) الفقرة الاولى من المادة (34) من القانون المدني العراقي، الفقرة الأولى من المادة (29) من القـانون المدني المنصري والفقرة الأولى من المادة(30) من القانون المدني الاردني، وتجدر الاشارة الـى ان للجنين قبل ولادته اهلية الوجوب الناقصة وهي صلاحيته لان يكون لع من الحقوق ما فيه نفع محـض له ولا يحتاج الى القبول كالميراث والوصية والهبة والوقف والاشتراط لمصـلحة الغيـر (المصـلحة الجنين)، وهذه الاهلية تثبت له قبل الولادة ولكنها لا تعد اهلية مستقرة تؤهلـه لاكتساب الحقـوق ==

سن السابعة حتى تمام سن الخامسة عشر يعد صغيراً مميزاً وليس لــه فــي تلــك المرحلتين حق التقاضي بل يقوم مقامه قانوناً الولي او الوصــي[1] أمــا الصــغير المميز، إذا اكمل الخامسة عشرة واذنت له المحكمة بإجراء التصــرفات القانونيــة، فأن التصرفات الداخلة تحت الاذن تعد بمنزلة سن الرشد، لذا فإن فالصغير المأذون يستطيع مباشرة الدعاوى المتعلقة بالتصرفات الداخلة تحت الاذن[2].

اما الشخص الذي اتم سن الثامنة عشرة سنة كاملة فهو رشــيد ويحــق لــه مباشرة الدعوى بنفسه[3] ولكنه إذا كان بالغاً و تعتري اهليته عارض من عــوارض الاهلية، كالجنون والعته والسفه، فلا يملك حق التقاضي انما يكون هذا الحق للقــيم الذي تنصبه المحكمة أي من يمثله قانوناً[4].

--- اكتسابا ثابتا ما لم يولد حيا، ويترتب على ذلك ان من يقوم مقام الجنين قانونا كالولي او الوصــي يحق له التقاضي نيابة عنه للمطالبة بحقوقه اعلاه، لمزيد من التفصيل انظــر د. مصــطفى ابــراهيم الزلمي، د. عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، المكتبة القانونية، بغــداد، 2006، ص35.

(1) المادة (97) من القانون المدني العراقي والمادة (111) من القانون المدني المصري، والمــادة (118) من القانون المدني الاردني.

(2) المادة(99) من القانون المدني العراقي، مع ملاحظة ان المادة(112) من القانون المدني المصري تحدد سن 18 سنة بالنسبة للقاصر المأذون والمادة (119) من القانون المدني الاردني فقــد حــددت ســن القاصر المأذون بخمس عشرة سنة.

(3) المادة (106) من القانون المدني العراقي، مع ملاحظة ان المادة (44) من القانون المدني المصري قد حدد سن الرشد بأحدى وعشرين سنة ميلادية، اما المادة (42) من القانون المدني الاردني فقد حدد سن الرشد بثمانية عشرة سنة شمسية كاملة.

(4) المواد(107-111) من القانون المدني العراقي والمواد(113-116) من القانون المــدني المصــري والمواد(127-130) من القانون المدني الاردني. مع ملاحظة ان المجنون اذا كان جنونه مطبقا فانــه محجور لذاته وتكون جميع تصرفاته باطلة، اما المجنون غير المطبق فتصــرفاته فــي حــال افاقتــه كتصرفات العاقل (المادة 108 مدني عراقي).

ثانيا: الصفة او (الخصومة)

الصفة كشرط من شروط قبول الدعوى، هي ولاية مباشرة الدعوى أو هي القدرة القانونية على رفع الخصومة الى القضاء يستمدها المدعي من كونه صاحب الحق في الدعوى او من كونه نائباً عن صاحب الحق، لذلك يشترط توفر الصفة في كل من الطرفين المتداعيين (المدعي والمدعى عليه)، فصاحب الحق يكون مدعياً وله ان يقيم الدعوى امام القضاء بنفسه او بواسطة وكيله للمطالبة بحقه كقاعدة عامة[1]، الا ان المشرع اجاز في بعض الحالات قبول الدعوى ممن ليسوا أصحاب حق مباشرين كالدعوى غير المباشرة التي اجاز القانون اقامتها من قبل الدائن على مدين مدينه[2].

اما المدعى عليه فيشترط لقبول خصومته في الدعوى (ان يترتب على إقراره حكم، وان يكون محكوماً او ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى)[3]، ويستثنى من هذا الشرط خصومة من تتوافر لديه سلطة التمثيل القانوني للأصيل أمام المحاكم كالولي والوصي والقيم بالنسبة لمال الصغير والمحجوز والغائب وخصومة المتولي بالنسبة لمال الوقف وكذلك يصح ان يكون احد الورثة خصماً في الدعوى التي تقام على الميت أو له[4].

ثالثا: المصلحة

المصلحة في الدعوى هي هدفها وغايتها، وحمايتها وهو سبب اقامة الدعوى، فلا يكفي لقبول الدعوى توافر الأهلية والصفة في رافعها، بل يجب ان تكون له

---

(1) د. محمد محمود ابراهيم، الوجيز في المرافعات، دارالفكر العربي، القاهرة، 1983، ص649.

(2) المادة(883) من القانون المدني العراقي والمادة(235) من القانون المدني المصري والمادة (366) من القانون المدني الاردني.

(3) المادة(4) من قانون المرافعات العراقي النافذ والمادة(3) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والفقرة الاولى من المادة(3) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

(4) المادة(5) من قانون المرافعات العراقي النافذ مع ملاحظة عدم وجود مايقابل هذه المادة في قانون المرافعات المصري وكذلك في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

مصلحة في اقامتها، حيث ان للدعوى وظيفة محددة هي الحصول على الحماية القضائية لحق او مركز قانوني ما، ومن ثم فلايجوز استعمالها الا إذا توفر المبرر القانوني لطلب الحماية، فإذا لم توجد الحاجة لحماية القضاء لانعدام المصلحة فلا يجوز اقامة الدعوى، فضلاً عن ذلك ان الحكم الصادر في دعوى اقامها غير ذي مصلحة، لاجدوى منه حيث لايرتب التزاماً يمكن تنفيذه على ارض الواقع[1].

والمصلحة في الاصطلاح القانوني هي الفائدة العملية المشروعة التي يحصل المدعي عليها من التجائه الى القضاء، فالمصلحة شرط في قبول الدعوى سواء كانت تلك المصلحة مادية ام معنوية[2]، كما ان للمصلحة خصائص حددتها المادة(6) من قانون المرافعات المدنية العراقي وهي[3]:

1- المصلحة معلومة: يشترط المشرع العراقي ان تكون المصلحة معلومة، أي غير مجهولة، اذ لاتقبل الدعوى إذا كان المدعي به مجهولاً، ويتحقق العلم بالتحديد النافي للجهالة، ويختلف التحديد حسب طبيعة المال او الدين المطالب به[4].
2- المصلحة حالة: ويقصد به ان لايكون الحق المطالب به معلق على شرط او مضاف الى أجل فإذا كانت كذلك فلا تقبل الدعوى حتى يتحقق الشرط او ينتهي الاجل.

---

[1] د. عبد المنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، اطروحة دكتوراه، كلية القانون/ جامعة القاهرة، ص57، اشار اليه: د. محمد محمود ابراهيم، مصدر سابق، ص657.

[2] د. احمد مسلم، اصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص318. كذلك انظر منير القاضي،شرح قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة القاضي، بغداد، 1957، ص86.

[3] يقابلها المادة(3) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمادة(3) ايضاً من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

[4] د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1962، ص140.

3- المصلحة ممكنة: يراد بها ان لاتكون المصلحة مستحيلة بل يجب أن تكون ممكنة اذ لا التزام بمستحيل، والاستحالة نوعان مادية وقانونية، فالاستحالة المادية هي التي ترجع الى طبيعة الاشياء، كطلب المدعي الحكم له بوصفه أباً لشخص يكبره سناً.

اما الاستحالة القانونية، فهي التي ترجع الى سبب في القانون يمنع من إقامتها، كالدعوى على إنسان بالرق والعبودية في هذا العصر[1].

4- المصلحة محققة: يقصد بها ان تكون المصلحة قائمة غير محتملة أثناء اقامة الدعوى أي ان المصلحة التي يطالب بها موجودة وحالة وقت رفع الدعوى، كأن يمتنع مدين عن الوفاء بألتزامه للدائن على الرغم من حلول اجل الدين[2].

وإذا كان الاصل ان المصلحة يجب ان تكون حالة، الا ان المشرع العراقي قد أجاز قبول بعض الدعاوى استثناءا وذلك عندما ماتكون المصلحة محتملة[3].

والمقصود بالمصلحة المحتملة ان الضرر فيها والاعتداء لم يقع بعد على رافع الدعوى، انما يكون محتمل الوقوع، فترفع الدعوى ليس لغرض رفع ضرر وقع بالفعل وإنما لتوخي الضرر قبل وقوعه[4]، لذا فإن من تطبيقات المصلحة المحتملة:

أ- دعاوى تثبت الحق[5]: إن المقصود بذلك هو تقرير حق او إنشاء مركز قانوني مع وجود نزاع وإنكار لهذا الحق، أي انه على الرغم من وجود الحق فأنه محل شك جدي.

---

(1) د. سعيد عبد الكريم مبارك، ود. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، جامعة الموصل، 1984، ص135.

(2) د.عبد الجليل برتو، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الشركة الاسلامية للطباعة والنشر، بغداد، 1957، ص25.

(3) المادة(6) من قانون المرافعات العراقي النافذ والمادة(3) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمادة(3) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

(4) عبد الجليل برتو، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص27.

(5) المادة(7) من قانون المرافعات العراقي النافذ والفقرة(2) من المادة(3) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والفقرة(2) من المادة(3) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

ب- دعاوى تثبيت الحالة: في هذه الدعاوى ليس هنالك حق متنازع فيه بل هنالك خشية من ضياع معالم واقعة قانونية او مادية يمكن ان تكون محل نزاع في المستقبل، وان فقدان معالمها قد يؤدي الى ضياع الحق[1].

المطلب الثاني
تمييز الدعوى المدنية من الدعاوى الأخرى

ان الدعوى المدنية في قانون المرافعات العراقي تشمل الدعاوى المدنية الصرفة والدعاوى التجارية ودعاوى الأحوال الشخصية والأحوال المدنية والدعاوي الإدارية وكافة الدعاوى غير الجزائية[2]، ولكن نظراً الى الخصوصية التي تتمتع بها الدعوى الإدارية – كما سنرى ذلك لاحقاً- ولاسيما بعد صدور قانون تعديل قانون مجلس شورى الدولة رقم 106 لسنة 1989 وتشكيل محكمة القضاء الإداري، أصبح العراق من الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج ومقتضى هذا النظام توجد الى جانب القضاء العادي جهة قضائية مستقلة تمام الاستقلال تختص بالنظر بالمنازعات الادارية.

لذلك ينبغي بيان المقصود بالدعوى الإدارية وخصائصها بصورة موجزة ومن خلال هذه الخصائص سوف يتبين الفرق بينها وبين الدعاوى المدنية وكذلك يجب تمييز الدعوى المدنية عن الدعوى الجزائية من خلال تعريف الدعوى الجزائية وخصائصها، وعليه سنقسم هذا المطلب الى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تمييز الدعوى المدنية من الدعوى الإدارية.

الفرع الثاني: تمييز الدعوى المدنية من الدعوى الجزائية.

(1) د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص155.

(2) المذكرة الايضاحية والاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل.

الفرع الاول

تمييز الدعوى المدنية من الدعوى الادارية

إذا كان القانون الاداري بصفة خاصة ضروري لتنظيم شؤون الادارة وعلاقاتها مع الإفراد، فأن وجود القضاء الاداري يمثل ضرورة حتمية للفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، فالقضاء الإداري من أهم المؤسسات القضائية المعاصرة لحماية مبدأ المشروعية[1]، هذا المبدأ الذي يعد أساس الادارة العامة والذي يمكن تلخيصه بأنه خضوع الأعمال الصادرة عن الادارة للقانون بمعناه العام، أي خضوعها للقواعد القانونية أيا كان مصدرها الدستور ام التشريع ام العرف ام الاحكام القضائية وغيرها من مصادر المشروعية[2].

وتعد الرقابة القضائية على اعمال الادارة من انجح الوسائل التي يتمكن الافراد من خلالها، اجبار الادارة على احترام مبدأ المشروعية عند قيامها بوظائفها المختلفة، هذه الرقابة لاتتحرك تلقائياً، وانما بناءاً على طلب من قبل صاحب الشأن يستنهض به ولاية القضاء ويطلب تدخله لحل النزاع القائم بينه وبين الادارة وفق ما يقتضيه حكم القانون[3].

والطلب المذكور ماهو إلا دعوى ادارية، يقيمها الإفراد أمام القضاء المختص للحفاظ على حقوقهم وحرياتهم تجاه ماتتمتع به الادارة من إمكانيات وامتيازات خطيرة ومتنوعة منحها اياها القانون للقيام بشؤون الإدارة العامة وتلبية احتياجات

---

(1) د. احسان حميد المفرجي ود. كطران زغير نعمة ود. رعد ناجي الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري، بغداد، 1990، ص60.

(2) د. طعيمة الجرف، نظرية الدولة، دار النهضة العربية القاهرة، 1978، ص46 ود. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص95، انظر كذلك:

S.J.Al-Kkad Bem،constitional:and admistrative law،Baghdad،1994،p.39

(3) د. ماجد راغب الحلو، الدعاوى الادارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص448.

المجتمع والافراد بيسر وسهولة وحماية النظام العام[1]. ويعرف البعض[2] الدعوى الإدارية بأنها (سلطة منحها القانون لاي شخص له مصلحة في ان يلتجيء الى قضاء بقصد الغاء قرار اداري معيب اوتحديد مركز قانوني معين، أو حماية حق له مجحود)، من هذا التعريف نستطيع ان نبين خصائص الدعوى الادارية والمتمثلة بما يأتي[3]:

1- الدعوى الإدارية وسيلة، وهي بهذا الوصف تختلف عن الغاية التي وجدت من اجل الوصول اليها او الحق الذي تحميه.
2- وسيلة الدعوى الإدارية هي منحة من المشرع فتبقى مشروعة ضمن الحدود والإجراءات التي نص القانون عليها.
3- يستطيع ان يلجأ الى وسيلة الدعوى الإدارية كل شخص يعترف له القانون بحق التقاضي وتبعاً لهذا فإن الاشخاص الاعتبارية وعلى رأسها الدولة او الادارة نفسها تملك حق اللجوء اليها[4].
4- وجود شخص معنوي عام يتمتع بامتيازات السلطة العامة طرفاً في الدعوى.

---

[1] ومن الجدير بالذكر انه في سبيل تحقيق أهداف الادارة العامة والمحافظة على النظام العام،اعطيت الادارة من الوسائل القانونية والمادية مايمكنها من تحقيق تلك الاهداف، فلها سلطة اصدار قرارات تنظيمية عامة او قرارات فردية ولها استخدام القوة المادية لحماية النظام العام اذا اقتضى الامر ذلك، للمزيد من التفصيل راجع د. ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الاداري، بغداد 1996، ص79.

[2] د. يحيى احمد موافي، الشخص المعنوي ومسؤولياته قانوناً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص806.

[3] للمزيد من التفصيل راجع مقدم دكتور مصطفى محمود الشربيني، بطلان اجراءات التقاضي امام القضاء الاداري، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص35.

[4] د. عبد العزيز خليل بدوي، الوجيز في المبادئ العامة للدعوى الادارية، القاهرة، ط1، 1970، ص14.

من خلال ماتقدم يمكن أن نلحظ ان الدعوى الادارية تختلف عن الدعوى المدنية في الأمور الآتية:

1- من حيث شروط قبول الدعوى، فإن شروط قبول الدعوى المدنية وكما بينا سابقاً هي الاهلية والصفة والمصلحة، اما شروط قبول الدعوى الادارية، هي أن يكون التصرف او العمل المطعون فيه عملاً إدارياً وينطبق عليه وصف القرار الاداري بأن يكون صادراً من جهة ادارية في الدولة وتستهدف تغيير الاوضاع القانونيةالقائمة، اما بأنشاء مركز قانوني جديد او تعديل مركز قانوني قائم أو الغائه[1].

2-وجود مصلحة هو الشرط الاول في الدعوى الادارية وهذا بصرف النظر عن وجود حق للمدعي في موضوع الدعوى اوعدم وجوده، وسواء كان القانون يحمي هذا الحق ام لاً يحميه[2]، ومن الجدير بالذكر ان المصلحة في الدعوى الادارية يجب ان تكون قائمة عند رفع الدعوى ولا يلزم استمرار قيامها حتى صدور الحكم فيها، وهذا بخلاف الدعوى المدنية والذي يكون الاصل فيها اشتراط قيام المصلحة عند رفع الدعوى مع ضرورة استمرار قيامها حتى صدور الحكم فيها،، ذلك ان الدعاوى العادية تستهدف حماية حق المدعى وهو مهدد بالاعتداء، فإذا زال ذلك الاعتداء يصبح من العبث إضاعة وقت القضاء والاستمرار فيها ماعدا حالة التعويض، اما الدعوى الإدارية فهي ترمي الى تحقيق مصلحتين الأولى هي مصلحة شخصية ترتبط برافع الدعوى، اما الثانية فهي مصلحة عامة تتعلق بالمجتمع وتتمثل في الدفاع عن مبدأ المشروعية، وازاء هاتين المصلحتين إذا أنتفت وزالت

---

[1] د.ماجد راغب الحلو، الدعاوى الادارية، مصدر سابق، ص450.

[2] د. مصطفى محمود الشربيني، بطلان اجراءات التقاضي امام القضاء الاداري، مصدر سابق، ص41.

مصلحة رافع الدعوى بعد قيامها لاي سبب، فإن المصلحة العامة تبقى قائمة ويجب ان تستمر الدعوى على أساسها[1].

3-الدعوى الإدارية تكون بالالتجاء الى قضاء مخصص لهـا، يطلـق عليـه القضاء الاداري في الدول التي تأخذ بالنظام القضائي المـزدوج، اوتكـون باللجوء الى القضاء العادي في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحـد[2]، أما الدعوى المدنية فيكون بالالتجاء الى القضاء العادي.

4-الغاية من الدعوى الإدارية تختلف بإختلاف الحق موضوع الدعوى، فهي قد تتمثل بالوصول الى الغاء قرار اداري معيب، او تحديد مركز قانوني معين كالدعوى المتعلقة بقضايا الجنسية او الطعون الانتخابية وغيرها، كمـا قـد تتمثل الغاية من الدعوى الإدارية حماية حق من الحقوق التي يقرها القانون، كالدعوى المتعلقة باستحقاقات الموظفين من رواتب وتعويضات والـدعاوى المتعلقة بالعقود الادارية[3].

اما الغاية من الدعوى المدنية فتتمثل إما في طلب المدعي من المحكمة الزام المدعى عليه بالتنفيذ الجبري لألتزامه باعطاء شيء أو القيام بعمل معين أو الامتناع عن القيام به، وقد تتمثل ايضاً في طلب المدعي من المحكمة بتأكيد وتقرير حالة أو مركز موجود من قبل ودون أن تتضمن الزام أحد الخصمين بأداء معين كالدعوى التي يطالب فيها المدعي ببراءة ذمته[4].

---

(1) د. سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى الغاء القرارات الادارية، منشـأة المعـارف، الاسـكندرية، 2004، ص235.

(2) من الجدير بالذكر ان العراق اصبح من دول القضاء الزدوج بعد تشكيل محكمة القضاء الاداري استناداً الى قانون تعديل قانون مجلس شورى الدولة رقم (106) لسنة 1989.

(3) د. مصطفى الشربيني، بطلان اجراءات التقاضي امام القضاء الاداري، مصدر سابق، ص43.

(4) للمزيد حول الموضوع راجع استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص226.

ومن كل ماتقدم نستطيع القول أن الدعوى الإدارية، لاتختلف في جوهرها عن غيرها من دعاوى القانون الخاص، الا ان لها طبيعة خاصة تميزها عن دعاوى القانون الخاص، تلك الطبيعة التي لمسناها من خلال ماتقدم.

الفرع الثاني

تمييز الدعوى المدنية من الدعوى الجزائية

ان الجريمة تمثل بطبيعتها سلوك انساني خطير، من شأنه ان يهدد امن وسلامة المجتمع، ويعرض مصالحه للأنتهاك، مما حدا بالمشرع الى تحديد ذلك السلوك المجرم اجتماعياً والمعاقبة عليه، والقانون الذي يتولاه بالتنظيم هو قانون العقوبات، غير ان تحديد العقاب الذي يتناسب بشدته مع خطورة السلوك المجرم، لايكفي لردع الجاني، بل لابد من معاقبته والوسيلة التي من خلالها يستطيع المجتمع من توقيع العقاب هي الدعوى الجزائية.

وهذه الدعوى هي ملك للمجتمع لحماية حقها في العقاب، وتهدف من ورائها الى تحقيق الطمأنينة العامة[1]، وإذا كان القانون قد سمح للفرد العادي (المتضرر من ارتكاب الجريمة) بتحريك الدعوى، فإن الدعوى ذاتها هي ملك للمجتمع ممثلا بالدولة، فإذا تحركت الدعوى الجزائية فلا يجوز وقفها او التنازل عنها أو عن الحكم الصادر فيها او وقف تنفيذه الا في الأحوال المبنية في القانون[2].

ويعرف البعض[3] الدعوى الجزائية بأنها(الوسيلةُ التي من خلالها يستطيع المجتمع محاسبة فاعل الجريمة الذي عكر أمنه وسلامه وعرض مصالحه للخطر، وهذه الوسيلة تبدأ بشكوى وتنتهي بصدور الحكم المقرر قانوناً).

---

(1) عبد الجليل برتو، اصول المحاكمات الجزائية مطبعة الرابطة، بغداد، 1951، ص145.

(2) المادة(2) من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم(23) لسنة 1971 المعدل.

(3) عبد الامير العكيلي ود. سليم حربه، اصول المحاكمات الجزائية، ج1، بغداد، 1990، ص22.

ومن خلال ماتقدم يمكن ان نبين أهم الاختلافات بين الدعوى المدنية والدعوى الجزائية والمتمثلة بما يأتي[1]:

1- تلقائية تحريك الدعوى الجزائية: من جملة خصائص الدعوى الجزائية، ان الجريمة إذا وقعت نشأ للدولة حق في تحريكها وفي عقاب الجاني، ولايشترط القانون بحسب الاصل تقديم بلاغ لتحريكها في الاحوال القانونية التي قيد فيها حرية تحريك الدعوى الجزائية الا بناءً على شكوى من المشتكي[2]، أما الدعوى المدنية فلا تقام او تحرك الا بناءً على طلب من المدعي.

2- عدم قابلية الدعوى الجزائية للتنازل بعد تحريكها: لما كانت الدعوى يملكها المجتمع لحماية حقه في العقاب ازاء الجاني، فهي على هذا النحو تتصل بالصالح العام ومتى حركت تعلقت بها مصلحة المجتمع، وامتنع التنازل او الصلح فيها الا في الاحوال المبنية في القانون[3]، اما الدعوى المدنية فيمكن التنازل عنها في أي وقت[4].

---

(1) للمزيد من التفصيل انظر د. محمد ظاهر معروف، المبادئ الاولية في اصول الاجراءات الجنائية دار الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1972، ص103.

(2) هنالك بعض الجرائم قيد المشرع حق الادعاء العام في تحريكها، واشترط شكوى المجني عليه او من يمثله قانوناً، كجريمة زنا الزوجية او تعدد الزوجات خلافاً لقانون الاحوال الشخصية، وجرائم القذف والسب او افشاء الاسرار او الاخبار الكاذب او التهديد بالقول او الايذاء الخفيف وكذلك الحال بالنسبة لجرائم السرقة اوالاغتصاب او خيانة الامانة او الاحتيال اذ كان المجني عليه زوجاً للجاني او احد اصوله او احد فروعه، وجرائم اتلاف او ارض فيها محصول وترك الحيوانات تدخل فيها اورمي الاحجار او الاشياء على وسائط النقل او البيوت او المباني او البساتين او الحظائر، راجع بهذا الصدد المادة(3) من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 المعدل وكذلك نص المادة (378) من قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969 المعدل.

(3) وتجدر الاشارة الى ان هناك طرق متنوعة تنقضي فيها الدعوى الجزائية فمنها طرق عامة وهي: الوفاة، قوة الشيء المحكوم فيه، العفو، التقادم،، الغاء القانون راجع المادة (300) من قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ، وهناك طرق خاصة لانقضاء الدعوى الجزائية لاتنطبق الا على الجرائم وهذه الطرق هي: التنازل عن الشكوى (راجع المواد 9، 150، 203) من الأصول الجزائية النافذ) والصلح (راجع المواد 94-98) من الأصول الجزائية النافذ).

(4) المادتين (89،90) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادتين(144،145) من قانون المدنية والتجارية المصري والمادة(125) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

3- الموضوع والقصد: فموضوع الدعوى المدنية هو الحق الخاص أي الحق الشخصي، اما موضوع الدعوى الجزائية فهو الحق العام فضلاً عن الحق الشخصي، وكذلك القصد من اقامة الدعوى الجزائية هو المحافظة على الامن والطمائنينة في المجتمع، في حين ترمي الدعوى المدنية الى المحافظة على الحق الشخصي أي تضمين الضرر(1).

4- ان القاضي في نطاق الدعوى المدنية يبحث عن الحق بصرف النظر عن شخصية الطرفين المتخاصمين، حيث ان من اهم واجبات القاضي المدني ان يعين ماهية الدعوى ليتبين صحتها ويبت فيها سلباً ام ايجاباً، بخلاف ذلك في الدعوى الجزائية، حيث يبحث القاضي عن شخص مرتكب الجريمة لانه هو الهدف في تلك الدعوى لينزل فيه العقاب بناء على ما اقترفه ضد المجتمع(2).

5- ان ادعاء الطرفين ودفاعهما هو الاساس في الدعوى المدنية، وان القاضي مقيد بذلك وليس له ان يحيد عما يدعيه امامه الاطراف المتخاصمة،ولا في امكانه ان يبدل او يغير في شكل الدعوى او الدفع، او ان يحكم بأكثر مما طلبه المدعي ولايستطيع ان يرغم المدعي على تعقب دعواه لان هذا مخير في تقاضي حقه، ان شاء تابعه وان شاء تنازل عنه او تصالح بشأنه، والامر بخلاف ذلك في الدعوى الجزائية، اذ ليس للقاضي ان يتقيد بالادعاء والدفع ولا ان يتقيد بما يقول ذوو العلاقة، وانما هو مكلف بإظهار الحقيقية سواء تغير شكل الدعوى ام لم يتغير(3).

---

(1) د. عباس الحسني شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، المجلد الاول، مطبعة الارشاد، بغداد، 1977، ص36 وما بعدها.

(2) سلمان بيات، القضاء الجنائي العراقي، ج2، شركة الطبع والنشر العراقية، بغداد، 1962، ص245.

(3) عبد الامير العكيلي، ود. سليم حربة، اصول المحاكمات الجزائية، مصدر سابق، ص52.

6- فيما يتعلق بأدلة الاثبات في الدعوى المدنية فأن قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 المعدل قد حدد طرق معينة للإثبات وهي الادلة الكتابية، الاقرار، الاستجواب، الشهادة، القرائن، وحجية الاحكام، اليمين، المعاينة، الخبرة، وهذه الطرق محددة على سبيل الحصر ولايجوز للقاضي والخصوم ان يحيدوا عنها[1]. بخلاف الامر في الدعوى الجزائية فإن القانون لم يحدد طرقاً معينة للأثبات ولم يبين لها نوعاً، وانما ترك تقدير ماهيتها ونوعها وقوتها الى القاضي[2].

7- واخيراً تختلف الدعوى المدنية عن الدعوى الجزائية في مجال تنفيذ الاحكام، فإن تنفيذ الاحكام الصادرة في الدعاوي المدنية، منوط امر تنفيذها بمشيئة الطرف الذي يحكم له بها او من يقوم مقامه بموجب احكام قانون خاص هو قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980، وللمحكوم له ان يطلب التنفيذ او يؤجله او يهمله او يسقط حقه فيه، وهذا مالايصح في الاحكام الصادرة في الدعاوى الجزائية، فهي واجبة التنفيذ بما دون فيها من تاريخ صدورها او من التاريخ المحدد فيها، ولايجوز اهمالها ولا الصلح عن الجرائم بعد أعلان الحكم وان المكلف بتنفيذ هذه الاحكام هي السلطة المخولة بالتنفيذ[3].

---

(1) استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات العراقي، جامعة الموصل، 2003، ص66.

(2) عبد الرحمن خضر، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ج2 و ج3، دار الكتاب العربي، القاهرة، ط4، 1950، ص61.

(3) د. سامي النصراوي، شرح اصول المحاكمات الجزائية، ج1، بغداد، 1976، ص87.

الْبَابُ الأَوَّلُ

الدور التفسيري لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية

ويتألف من الفصول الآتية:

الفصل الاول: ماهية الدور التفسيري لمحكمة التمييز الاتحادية.

الفصل الثاني: حالات الدور التفسيري لمحكمة التمييز الاتحادية.

الباب الأول

الدور التفسيري لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية

ان النصوص التشريعية مهما كانت دقيقية وشاملة، لايمكن ان تتحسب لكل مايقع من حوادث ووقائع، لان المشرع لايستطيع ان يتنبأ بكل امر ليضع له الحكم الذي يقتضيه، وليس في امكان المشرع إذا وضع احكاماً للوقائع التي يريد تنظيمها بالتشريع الذي يصدره ان يضع احكاماً تصلح لكل زمان ومكان، ولايمكن معالجة مثل هذه الحالات بالتدخل التشريعي المتكرر عن طريق التعديل، لان مثل هذا العمل ليس سهلاً ميسوراً من الناحية العملية، كما انه يؤدي الى جعل القوانين عرضة للتعديل او التبديل بشكل مستمر على حساب الإستقرار والثبات الذي ينبغي ان تتصف به التشريعات عموماً.

ومن هنا يكون على المشرع ان يعطي للقاضي من الصلاحيات مايمكنه من الحركة والمرونة (في حدود النصوص وداخل نطاقها) بما يضمن تطبيقها تطبيقاً سليماً عادلاً، يتناسب مع خصوصية الواقعة او النزاع وينسجم مع احكام النص القانوني والمقاصد العامة للتشريع.

ان مرونة القاعدة القانونية في صياغتها يجعل بيد القاضي وسيلة مثلى لتحقيق العدالة، بحيث انه عن طريق تفسير النص توسيعاً او تضييقاً، يستفرغ الوسع ويبذل الجهد وصولاً الى العدالة، بحمل الفاظ النص على المعاني المناسبة لظروف الواقعة وملابساتها.

وكما أن القاضي لايستطيع ان يلجأ الى السلطة التشريعية لتفسير مايلاقيه اثناء عمله من غموض في نصوص القانون، ومن جهة اخرى لايجوز للقاضي

الامتناع عن الفصل فيما يعرض عليه من دعاوى بحجة غموض القانون او عدم وجود نص، لانه ان فعل ذلك اتهم بالامتناع عن احقاق الحق[1].

لذا كان لزاماً على القاضي ان لم يجد نصاً يطبقه على واقعة الدعوى ان يجتهد لاستنباط قاعدة قانونية يطبقها،ولما كان تعدد المحاكم والقضاة امراً محتوماً بسبب كثرة المنازعات ووجوب فضها على نحو سريع، ولأختلاف قابلية القضاة في فهم القانون تبعاً لاختلاف ثقافتهم القانونية وخبراتهم العملية، مما يؤدي الى اختلاف وربما تناقض الاحكام في المسألة الواحدة، ولهذا تبدو ضرورة محكمة التمييز بوصفها محكمة عليا تشرف على توحيد تفسير القانون وتطبيقه وتكون لأحكامها قوة تقرب من قوة القانون[2].

ومن هنا تبدو أهمية محكمة التمييز الاتحادية، فهي الجهة التي تشرف على تفسير القانون وتطبيقه، ولها القول الفصل والكلمة الاخيرة في الاحكام، وهي التي تحتل الدور الحاسم في العملية القضائية بمختلف جوانبها، لذا فإننا سنتناول في هذا الباب ماهية الدور التفسيري لمحكمة التمييز من خلال بيان المقصود بالتفسير وأهميته وتمييزه عما يشتبه به، ومن ثم مدى القوة الملزمة للتفسير الذي تقوم به محكمة التمييز وحالة إصرار محكمة الموضوع على حكمها المنقوض كذلك سنبحث حالات هذا الدور سواء كان بوجود النص القانوني أو حالة عدم وجوده.

عليه فأننا سنقسم هذا الباب الى الفصلين الاتيين:

الفصل الاول: ماهية الدور التفسيري لمحكمة التمييز الاتحادية.

الفصل الثاني: حالات الدور التفسيري لمحكمة التمييز الاتحادية.

---

(1) راجع المادة (30) من قانون المرافعات المدنية النافذ، مع ملاحظة عدم وجود مايقابل هذه المادة في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري وكذلك قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

(2) د. عبد الرزاق عبد الوهاب،الطعن في الاحكام بالتمييز في قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص16.

الفصل الأول

ماهية الدور التفسيري لمحكمة التمييز الاتحادية

المبحث الأول: التعريف بالتفسير وتمييزه عما يشتبه به

المبحث الثاني: مدى القوة الملزمة لتفسير محكمة التمييز وحالة إصرار محكمة الموضوع على حكمها المنقوض

الفصل الأول

ماهية الدور التفسيري لمحكمة التمييز الاتحادية

تشرع القوانين لكي تطبق على وقائع وروابط معينة، وحين تحدث الواقعة او تنشأ الرابطة يثور التساؤل لمعرفة النص القانوني الذي يحكمها، ثم معرفة الاثار القانونية المترتبة على تطبيق هذا النص القانوني، ولكي يقوم القاضي بالتطبيق السليم للنص القانوني، يجب عليه ان يفسر هذا النص لمعرفة مرامي ومقاصد المشرع، ولغرض توحيد فهم القضاة للقانون ومن ثم توحيد احكام القضاء في تفسير القانون وتطبيقه، فقد حرصت الانظمة القضائية المختلفة على ان توجد على رأس الهيئة القضائية محكمة عليا تسهر على تفسير القانون وتطبيقه وتعمل على توحيد فهم القانون بين المحاكم على اختلاف درجاتها [1].

لذلك يثور التساؤل حول المقصود بالتفسير وماهو مدى ضرورته وانواعه، وتمييزه عما يشتبه به من اوضاع وخصوصاً التكييف، وكذلك مدى القوة الملزمة للتفسير الذي تقوم به محكمة التمييز وحالة اصرار محكمة الموضوع على حكمها المنقوض؟ كل هذه المواضيع سنتناولها في هذا الفصل وعلى النحو الاتي:

المبحث الاول: التعريف بالتفسير وتمييزه عما يشتبه به.

المبحث الثاني: مدى القوة الملزمة لتفسير محكمة التمييز وحالة اصرار محكمة الموضوع على حكمها المنقوض.

---

[1] القاضي مدحت المحمود، القضاء في العراق، مصدر سابق، ص18.

المبحث الاول

التعريف بالتفسير وتمييزه عما يشتبه به

ان المشرع مهما حاول ان يكون دقيقاً وواضحاً في صياغة النص، قد يقع في غلط او تناقض او غموض يظهر عند تطبيق القاعدة القانونية، لذا يتوجب على القاضي تفسيرهذا النص للوصول الى قصد المشرع وحسم الخلاف في حكمها.

لذلك نحاول في هذا المبحث ان نتطرق لتعريف التفسير ومدى ضرورته ومن ثم تمييزه عما يشتبه به، وعليه سنقسم هذا المبحث الى المطلبين الاتيين:

المطلب الاول: تعريف التفسير وضرورته وأنواعه.

المطلب الثاني: تمييز التفسير عما يشتبه به.

المطلب الاول

تعريف التفسير وضرورته وانواعه

سبق وان بينا ان القاضي لكي يطبق نصاً قانونياً على واقعة معينة يجب عليه ان يفسر هذا النص لمعرفة مرامي ومقاصد المشرع، فما المقصود بالتفسير وما مدى ضرورته وماهي انواعه؟ كل هذه الاسئلة نحاول الإجابة عنها في هذا المطلب الذي سنوزعه على الفرعيين الآتيين:

الفرع الاول: تعريف التفسير وضرورته

الفرع الثاني: انواع التفسير

الفرع الاول

تعريف التفسير وضرورته

نحاول في هذا الفرع بيان معنى التفسير لغة واصطلاحاً اولاً ومن ثم مدى ضرورته في ثانياً.

اولاً: المقصود بالتفسير لغة واصطلاحاً[1].

1- التفسير لغة: يعني الكشف، البيان، الايضاح، التبيين[2]، فالتفسير يعني الايضاح وفسر الشيء أي وضعه وفسر ايات القران الكريم، أي شرحها ووضح ماتنطوي عليه من معان[3].

2- التفسير اصطلاحاً: ان للتفسير لدى فقهاء القانون معنيين:

الاول: المعنى الضيق: ويرى اصحاب هذا الاتجاه بأن تفسير القانون هو تبين معناه من خلال نصوصه، فكثيراً ماتدق معرفة المعنى الذي يتضمنه النص، فيلجأ الى تفسيره لجلاء غموضه، والوصول الى معناه ومدلوله، ويذهب هذا الاتجاه الى ان التفسير لايكون الا حين يكون النص غامضاً، وأما إذا كان النص واضحاً في دلالته على المقصود، فليس ثمة حاجة الى تفسيره، حيث ان التفسير في مثل هذه الحالة يكون غير ذي جدوى[4].

الثاني: المعنى الواسع: يرى اصحاب هذا الاتجاه ان قصر التفسير على توضيح ماأبهم من الفاظ التشريع لايتفق وواقع القانون، ففي الحياة العملية

---

[1] يقصد بالتفسير في الفقه الاسلامي وعند الاصوليين بالتحديد، تبين المراد من الكلام على سبيل القطع، راجع د. محمد اديب صالح، تفسير النصوص في الفقه الاسلامي، مطبعة جامعة دمشق، 1964، ط2، ص366.

[2] محمد بن ابي بكر الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص503.

[3] ابراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع،ص695.

[4] د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، مطبعة السلام، القاهرة،1987، ط6.

للقانون يضم التفسير جميع الوسائل الذهنية التي من شأنها ان تساعد على تحديد ايضاح النص الواجب التطبيق على قضية معينة(1).

والتفسير بهذا المعنى يعني توضيح ماغمض من الفاظ النص وتقويم عيوبه واستكمال مانقص من احكامه والتوفيق بين اجزائه المتعارضة، وتكييفه على نحو يجاري متطلبات المجتمع وروح العصر، وهذا التفسير يلازم تطبيق القانون ويقتضي تفهم معناه لأيجاد الحل المناسب للحكم، فإذا شاب النص غموض او نقص او عيب او تعارض مع النصوص، وجب على القاضي ان يعمد الى التفسير كي يتوصل الى الحكم المراد تطبيقه لحل النزاع.

ونحن نتفق مع الرأي الذي يرى ان التفسير يلازم تطبيق القانون(2)، وانه لايمكن القول انه يرد فقط على النص الغامض وانما يمكن ان يرد التفسير حتى في حالة النص الواضح كما سنرى ذلك لاحقاً.

ثانياً: ضرورة التفسير

ان الحاجة لتفسير القانون تبقى ثابتة وملحة في جميع المسائل التي تعرض امام اية محكمة، وذلك لان المشرع مهما بلغت دقته لايمكن ان يأتي تشريعه سالماً من الغموض او العيوب او النقص، فقواعد القانون تتميز بعموميتها وتجريدها دون اكتراث بدقائق الامور وكثيراً ماترتبط الاحكام بأفكار مجردة يترك تقديرها للقاضي، في ضوء تطور الحياة وظروف المجتمع، وقواعد القانون لايمكن ان تحكم جميع مايجد في المستقبل من وقائع، لأنها وليدة الحياة، والمشرع مهما اتسع ادراكه لايمكن أن يحيط بها تفصيلاً، كما ان المشرع مهما بلغت دقته لايمكن ان يضمن سلامة النصوص في صياغته لها من العيوب(3).

---

(1) د. حسن كيرة، المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص398، انظر كذلك د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مصدر سابق، ص257.

(2) الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بيت الحكمة، بغداد، 1989، ص118.

(3) د. عوض احمد الزعبي، المدخل الى علم القانون، دار وائل للنشر، عمان، 2007، ط2، ص285، انظر كذلك:

John D. Finch‹Introduction to Legale theory‹Sweet and Maxwell‹ London‹1970‹ p.138.

لذلك فأن تطبيق القانون يقتضي تفسيره للعثور على الحكم الواجب التطبيق على النزاع المعروض. وقد ثار خلاف بين الفقه حول ضرورة تفسير النصوص القانونية، فذهب اتجاه قديم[1] الى عدم ضرورة التفسير، وذلك لان التشريع شامل وكامل ولايمكن تصور ان يكون ناقصاً، ومادامت النصوص القانونية مصاغة بصورة واضحة، فما على القاضي ألا الالتزام بحرفية هذه النصوص، ودوره يقتصر على تطبيق النصوص دون تفسيرها فالتفسير من مهام المشرع، اما الاتجاه الحديث فإنه يذهب الى التأكيد على ضرورة تفسير النصوص القانونية لان المشرع مهما كان دقيقاً في صياغة تشريعه فإنه لابد ان يعتريه نقص او غموض او تعارض[2].

ونحن نتفق مع الرأي الذي يرى ان الالتزام الحرفي بالنص وان كان ممكناً الى حد ما في القوانين الجنائية، الا انه فيما يتعلق بالقانون المدني والقوانين المكملة له، فأن هذا الالتزام الحرفي بالنصوص امر غير ممكن، وذلك لان التفسير الحرفي يفترض الدقة من جانب المشرع في صياغة النصوص، وهذا امر غير ممكن، فالقوانين من صنع البشر الذين هم عرضة للوقوع في الخطأ، وان أي تشريع يصدر لايمكن بأية حال من الاحوال ان يكون كاملاً، وانما يعتريه بعض العيوب كالتعارض والغموض والنقص وحسب الاحوال.

---

(1) ومن ابرز مناصري هذا الاتجاه الفقيه مونتسكيو، نقلاً عن د. سمير عبد السيد تناغو، القضاء مصدر اصلي للقانون، مجلة القضاة، العدد التاسع، نادي القضاة، القاهرة، 1975، ص64.

(2) د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، مطبعة الجامعة، بغداد، 1972، ص466، كذلك انظر د. كاظم عبداللة حسين الشمري، تفسير النصوص الجزائية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2001، ص71.

الفرع الثاني
أنواع التفسير

إذا كانت عملية التفسير خطوة لازمة لتطبيق القانون في جميع الاحوال، فليس من الضروري ان تقوم بها الجهة التي يناط بها تطبيق القانون، فقد يقوم المشرع باصدار نص لاحق يفسر به النص المعيب السابق، وهذا مايسمى بالتفسير التشريعي، وقد يقوم رجال الفقه ايضاً بعملية التفسير عند دراستهم للقانون في مؤلفاتهم وابحاثهم،يضاف اليها نوع رابع هو التفسير الاداري الذي تقوم به جهات الادارة في نطاق وظائفهم، لذلك سنتناول هذه الانواع وعلى النحو الاتي:

أولاً: التفسير التشريعي:

وهو التفسير الذي يتولاه المشرع لازالة غموض او سد نقص او تقويم عيب في قانون سابق أختلفت المحاكم في تطبيقه، ولم تهتد الى قصد المشرع منه وذلك ابتغاء ضبط المقصود بالقاعدة القانونية[1]، فعندما يصدر تشريع ويثور الخلاف حول المعنى المقصود في مسألة او اكثر من المسائل التي تناولها هذا التشريع، فقد يفهم بعض القضاة القاعدة على نحو، ويفهمها البعض الاخر على نحو مغاير، حينذاك يرى المشرع نفسه مضطراً للتدخل في الموضوع لحسم الخلاف عن طريق تفسير القاعدة القانونية المعيبة التي ثار الخلاف حولها، بأصدار تشريع اخر يوضح فيه حقيقة معناها، لان المشرع لما كان يملك سلطة سن التشريع، فهو يملك من باب اولى سلطة تفسيره وتعديله عن طريق اصدار تشريع تفسيري يفسر به التشريع الغامض او المعيب، ويوضح معناه، وفي هذه الحالة يعد القانون (المفسِّر) متمما للقانون الاصلي (المفسَّر) ونافذاً ليس من يوم صدوره وانما من يوم نفاذ القانون (المفسَّر) السابق[2].

---

(1) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، 1990، ص393.

(2) استاذنا د. غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، دار وائل،2004، ط7، ص212.

وقد ثار الخلاف حول طبيعة التفسير التشريعي، فذهب اتجاه[1] الى ان التفسير التشريعي ليس تفسيراً بالمعنى الدقيق، لانه ليس عملية ذهنية لاستخلاص قصد المشرع، وانما هو افصاح عن قصد المشرع بواسطة المشرع نفسه في قواعد قانونية لها صفة الالزام، لذلك لانكون بصدد تفسير للقاعدة وانما بصدد (قاعدة مفسِّرة) اخرى تسمى بالقواعد الشارحة[2].

ويرى الاتجاه الاخر[3] بأن التفسير التشريعي لايختلف الى حد ما عن بقية انواع التفسير، الا من حيث الجهة التي تمارسه، فالمشرع يستهدف من اصدار التفسير التشريعي ازالة الغموض الذي شاب نص القانون الذي تعذر تطبيقه، سواء من حيث تلافي التعارض الحاصل بين نصوص القانون الصادر ذاته او بينه وبين نصوص اخرى في قوانين اخرى، او اضافة عبارات او كلمات سقطت سهواً أو أزالة الغموض في النص.

ويبدو لنا ان الرأي الراجح يكمن في التوفيق بين الاتجاهين السابقين وعد التفسير التشريعي قاعدة قانونية ملزمة تبين وتوضح (تفسر) النص الغامض.

والتفسير التشريعي اما ان تقوم به السلطة التشريعية التي اصدرت التشريع المراد تفسيره وبنفس الاجراءات والمراحل التشريعية، او ان يخول الدستور حق القيام به لهيئة معينة اخرى في الدولة بناءً على مقتضيات الظروف، وعندئذ يعد التفسير الصادر من هذه الهيئة المخولة تفسيراً تشريعياً وله نفس القوة التي كانت تثبت له لو كان صادراً من السلطة التشريعية نفسها[4].

---

(1) د. محمود محمد مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة 1983، ص84.

(2) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات –القسم العام، جامعة بغداد، 1992، ص48.

(3) د. كاظم عبد الله حسين الشمري، تفسير النصوص الجزائية، مصدر سابق، ص78.

(4) اشارت المادة الثانية من القانون رقم (18) لسنة 1969 والخاص بأنشاء المحكمة العليا في مصر الى اختصاص هذه المحكمة بتفسير القانون تفسيراً ملزماً حين تستدعي ذلك طبيعة القانون او اهميته، وتتولى المحكمة العليا هذه المهمة حين يطلب منها وزير العدل ذلك. وكذلك خولت المادة(123) من الدستور الاردني لعام (1952) الديوان الخاص للقيام بتفسير نص أي قانون لم تكن المحاكم قد فسرته اذا طلب اليه ذلك رئيس الوزراء.

وتجدر الاشارة الى ان دستور جمهورية العراق عام(2005) لم يرد فيها نص يخول جهة اخرى حق اصدار التشريعات المفسرة، ولكن بالرجوع الى قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل النافذ، نرى ان من ضمن اختصاصاته في مجال الرأي والمشورة هو ابداء الرأي في المسائل القانونية إذا حصل تردد لدى احدى الوزرات او الجهات غير المرتبطة بوزارة على ان تشفع برأي الدائرة القانونية فيها مع تحديد النقاط المطلوب ابداء الرأي بشأنها والاسباب التي دعت الى عرضها على المجلس ويكون رأيه ملزماً للوزارة او الجهة طالبة الرأي، وكذلك توضح الاحكام القانونية عند الاستيضاح عنها من قبل احدى الوزارات او الجهات غير المرتبطة بوزارة[1].

فعندما تتولى الجهات الرسمية في الدولة تطبيق قانون ما، وتحتاج الى تفسير نص من نصوص هذا القانون، تلجأ الى طلب تفسير رسمي لهذا القانون او لنص من نصوصه بغية الاطمئنان الى تطبيقه بشكل سليم، لتجنب الاثار القانونية المترتبة على التطبيق غير السليم للقانون المراد تفسيره[2].

وتجدر الاشارة الى انه على الرغم مما ورد في اختصاصات مجلس شورى الدولة من ابداء الرأي والمشورة الا ان المشرع العراقي لم يكلف المجلس اعلاه بنص صريح للقيام بتفسير القانون، وأن تفسيره غير ملزم للمحاكم، ونحن نرى بانه يجدر بالمشرع العراقي ان يعطي صلاحية تفسير القوانين الى المحكمة الاتحادية العليا لانها الاقدر على هذا الامر كونها مشكلة من قضاة مؤهلين وذوي خبرة طويلة في هذا المجال.

وقد يتخذ التفسير صيغة نص يوضع ابتداءً في صلب القانون منذ تشريعه، وذلك لتوضيح معنى قد يلتبس على المحكمة التي تطبق القانون، فعلى سبيل المثال

---

(1) الفقرتان الرابعة والخامسة من المادة(6) من قانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1975 المعدل.

(2) د. عصمت عبد المجيد بكر، اصول تفسير القانون، بغداد، 2009، ط2، ص27.

نصت المادة (65) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 النافذ على انه (المال هو كل حق له قيمة مادية)، هنا المشرع عرف المال وفسره. بحيث لايترك مجالاً للتفسيرات المختلفة حول المقصود بالمال[1]. وكذلك نصت المادة (9) من قانون تنظيم التجارة رقم (20) لسنة 1970 النافذ على انه (يعاقب بالسجن سبع سنوات اوالحبس سنتين او غرامة الف دينار كل من امتنع عن بيع سلعة بأسعارها المحددة او باعها بسعر يزيد على السعر المحدد)، ولمعرفة المقصود بالسلعة ينبغي الرجوع الى الفقرة السابعة من المادة الاولى من القانون اعلاه حيث عرفت السلعة بأنها: (كل شي مادي لايخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون، كالبضائع والمواد الخام والمنتجات الصناعية والزراعية والطبيعية والحيوانية والغذائية وسائر المنتجات الاخرى سواء كانت محلية او مستوردة استيراداً دائمياً او مؤقتاً او عن طريق المرور عبر العراق)[2].

ثانياً: التفسير الفقهي

وهو التفسير الذي يصدر عن فقهاء القانون، ويتمثل في ما يبديه هؤلاء من اراء ومقترحات جراء تحليل النصوص القانونية، من خلال ابحاثهم ومحاضراتهم، فالتفسير الفقهي على هذا الاساس هو مجهود علمي بقصد توجيه النص الى تحقيق الغرض الذي شرع من اجله، والتفسير الفقهي يعد اوسع انواع التفسير، لانه لايتقيد بواقعة معينة، كما في التفسير القضائي الذي لايلجأ اليه القاضي الا بمناسبة مايعرض عليه من منازعات واقعية بهدف حسمها، فالفقيه غير مقيد بقضية واقعية

---

(1) تقابلها المادة(53) من القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976، مع ملاحظة عدم وجود مايقابل هذه المادة في القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

(2) تجدر الاشارة الى ان قانون تنظيم التجارة رقم(20) لسنة 1970 المعدل هو من القوانين العقابية الخاصة والنافذة في العراق لحد الان، فُعّل هذا القانون في ثمانينات القرن الماضي وكانت له تطبيقات واسعة في تلك الفترة بسبب ظروف الحرب العراقية الايرانية 1980- 1988 ولكن تطبيقاته في الوقت الحاضر قليلة جداً وتكاد تكون معدومة.

معينة،وانما يتناول القواعد القانونية بالشرح والنقد والتفسير بوجه عام دون ان تكون هناك منازعات واقعية معروضة عليه[1].

ويتميز هذا النوع من التفسير بالمنطق الدقيق والطابع النظري التجريدي، وتقديم الحجج العلمية، ويتسم بالتجرد والموضوعية، ويعتمد الفقيه في كل ذلك على قواعد المنطق وما تهتدي اليه مكنته القانونية في التأصيل والتحليل[2].

ويتسم الاسلوب العقلي المنظم الذي يتبعه الفقيه، بالاتزان والتجريد لاستخلاص معنى النص الذي استهدفته الارادة التشريعية، كل ذلك على اساس وقائع وصور افتراضية فهو يبحث عن قواعد القانون في تجريدها وليس بصدد تطبيقها الفردي بصدد منازعه او منازعات بعينها، لذلك يغلب على التفسير الفقهي المنطق البحت عند التعرض للقواعد القانونية والاحكام القضائية بالدراسة والتحليل، بقصد استخلاص مبادئ عامة تحكمها او وضع نظريات تعد هذه القواعد تطبيقاً لها[3].

ويمر التفسير الفقهي بثلاث مراحل هي: البدء بإستخلاص المعاني المختلفة التي يتضمنها النص القانوني بعد تحليله، ثم يعمد الفقيه الى تنظيم نتائج المرحلة الاولى وينسق بينها ويعتمد عليها في اقامة بناء متكامل، حيث يحدد موضوع الرابطة القانونية او اطرافها والسبب المنشئ لها او المعدل من اياها واثارها، وفي المرحلة الاخيرة، يعمل الفقيه الى الانتقال من الجزئيات الى الكليات ومن الخصوصيات الى العموميات، وهي مرحلة تحتاج الى تركيز وتأصيل[4].

---

(1) استاذنا د. غالب علي الداودي، علم اصول القانون، مصدر سابق، ص216.

(2) بدران ابو العينين بدران، بيان النصوص التشريعية، طرقه، انواعه، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1986، ص126.

(3) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974، ص744.

(4) د. كاظم عبد الله حسين الشمري، تفسير النصوص الجزائية، مصدر سابق، ص127.

وللتفسير الفقهي دور مهم في المساهمة في تقويم التشريعات النافذة، وبيان نقاط الضعف والوهن في صياغة نصوصها، واجلاء الغامض والمبهم منها، وكذلك ابراز التناقض بين نصوص القانون الواحد او نصوص في قوانين عديدة تعالج موضوعاً واحداً، وايضاً تقديم النصوص البديلة المقترحة لكي تحل محل النصوص النافذة وذلك لتلافي العيوب والنواقص التي تعتريها والغموض الذي يكتنفها، وكثيراً مايكون للفقيه دور مهم في تشريع قوانين جديدة لمعالجة مواضيع لاتعالجها اية تشريعات او تعديل تشريعات نافذة، ويقوم الفقهاء بهذا الدور من خلال البحوث والدراسات والمؤلفات والمحاضرات او من خلال مساهمتهم في اللجان التي تشكل لاعداد التشريعات او تعديل تشريعات نافذة [1].

والتفسير الفقهي لايكون ملزماً للقضاء، حيث تنص الفقرة (3) من المادة (1) من القانون المدني العراقي على انه: (وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية)[2].

وبذلك فإن اجتهادات الفقهاء انما هي للأسترشاد بها في تفسير القانون، وهي ليست ملزمة، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز على انه[3]: (لايصح التعويل على النظريات العامة وشروح الشراح إذا كانت لاتتفق ونص القانون الواجب التطبيق).

ومع ذلك فأن القضاء كثيراً مايتأثر بتفسير فقهاء القانون لاعتبارات عملية وعلمية لاسيما إذا صدر الرأي عن فقيه جليل، فلهذه الاراء قيمة معنوية بالنسبة للقاضي عندما يتصدى للفصل في منازعة قضائية معروضة امامه، وإذا اجمعت

---

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر، اصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص35.

(2) تقابلها الفقرة الرابعة من المادة الثانية من القانون المدني الاردني، مع ملاحظة عدم وجود مايقابلها في القانون المدني المصري.

(3) قرار محكمة التمييز رقم(723) في 1972/4/19 مجلة القضاء، العددان الاول والثاني، حزيران، 1975، تصدر عن نقابة المحامين العراقيين، السنة الثلاثون، ص165.

اراء الفقهاء على امر معين، سواء كان ذلك بأستخلاص المعنى من النصوص ام بأصلاح مايعتري النص القانوني من عيب ام بقياس مسألة على اخرى بإستنباط نظرية عامة على اساس الاصول التي تتضمنها بعض النصوص او بأية وسيلة اخرى، فأن رأيهم لاسيما إذا ثبتوا عليه بأطراد، يصبح له وزن كبير لدى القضاة، فينظرون اليه بوصفه تعبيراً صادقاً عن القاعدة القانونية ويستندون اليها في مرافعاتهم[1]، والغالب ان تقضي المحاكم بمقتضاه فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز على انه[2]: (القانون الاصلح للمتهم، هو الذي يخفض الحد الاعلى بالنسبة للقانون الذي سبقه وإن رفع الحد الادنى استنادا الى الراي الراجح لدى علماء القانون) 0لذلك فأن لاراء الفقهاء قيمة عملية كبيرة زيادة الى قيمتها العلمية البحتة، مع ملاحظة ان فقهاء القانون يعتمدون في شرحهم للقانون وتفسيره على استقرار الاحكام القضائية وتطبيقها للقانون[3].

ثالثاً: التفسير القضائي

هو البحث عن معنى النص وتقوم به المحكمة في دعوى معروضة عليها عندما تحكم فيها، ففي حالة غموض النص القانوني يجب على المحكمة ان تتسائل عن قصد المشرع، وان تستعين بجميع طرق التفسير، في ضوء الأهداف المقصودة منه.

اذا التفسير القضائي هو التفسير الذي تقوم به المحاكم في واقعة معروضة عليها، فالقضاء يتولى مهمة التفسير بحكم طبيعة وظيفته بالفصل في المنازعات والتزامه بالحكم فيها، وهو الذي يواجه عملياً غموض التشريع وعيوبه عند تطبيقه، اذ ان تطبيق القانون يتطلب من القاضي بذل قصارى جهده لاستخلاص المعنى

---

(1) د. ضياء شيت خطاب، مصادر القانون المدني العراقي، مجلة القضاء، العدد الثاني، 1956، ص203.

(2) قرار محكمة التمييز رقم 943 في 1970/6/9، النشرة القضائية، محكمة التمييز، العدد الثاني، بغداد، 1971، ص270.

(3) د. سليمان مرقس، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مصدر سابق، ص385.

الذي قصده المشرع في الفاظ النص، ويستعين القاضي بشتى الوسائل اللغوية والمنطقية والعقلية للتفسير، ويرجع الى مختلف المصادر المادية والتاريخية والاعمال التحضيرية للوصول الى الغاية التي ارادها المشرع[1].

لذلك فإن التفسير يعد من صميم عمل القاضي في حالة غموض النصوص التشريعية اوتناقضها او أي عيب فيها، عندما يريد تطبيقه على النزاع المعروض عليه، فهو إذا لايلجأ الى التفسير الا إذا عرضت عليه مسألة للحكم فيها، وحينئذٍ يقوم بتفسير القانون من تلقاء نفسه دون ان يطلب منه ذلك احد[2].

وعليه لايجوز للأشخاص اللجوء الى المحاكم لطلب بيان الرأي الصحيح منها بشأن نص قانوني دون عرض نزاع معين عليها، وإذا رفع احدهم دعوى الى القاضي بطلب تفسير نص من النصوص الغامضة، فأنه لايلبي له هذا الطلب ولاينظر في هذه الدعوى، لانه لايقوم بالتفسير الا بمناسبة عرض نزاع فعلي عليه، والاساس القانوني الذي يستند اليه القاضي لرد دعوى من هذا القبيل، هو انعدام المصلحة في هذه الدعوى[3]، فلا يكفي لقبول الدعوى توافر الاهلية والصفة في رافعها، بل يجب ان تكون له مصلحة في اقامتها، ومعنى المصلحة هي الفائدة العملية المشروعة التي يحصل عليها المدعي من التجائه الى القضاء والمقصود بالفائدة العملية، هي ان المسائل النظرية لاتصلح ان تكون محلاً لدعوى قضائية، فالقضاء ليس داراً للأفتاء[4].

ويتميز التفسير القضائي بالطابع العملي وهو غير ملزم للمحكمة لان القضاء لا يستطيع خلق القواعد القانونية ولان القضاء يواجه واقع الحياة، فهو في تفسيره

---

[1] د. عبد المجيد عباس، اصول القانون، مطبعة المعارف، بغداد، 1947، ص330.

[2] د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، مؤسسة بحسون، بيروت، 1992، ص75.

[3] راجع المادة(6) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ، والمادة (3) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، والمادة(3) ايضاً من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

[4] استاذنا د.عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص206.

للتشريع يتأثر بالظروف المحيطة به ويسعى الى جعل احكام القانون متماشية مع حاجيات المجتمع وتطوراوضاعه، ولذلك فأن القضاء في قيامه بمهمة التفسير يمارس دوراً مهماً في تطور القانون[1].

رابعاً: التفسير الاداري

هو التفسير الذي تقوم به السلطة التنفيذية اثناء قيامها بتنفيذ قانون معين من خلال تعليمات او بيانات تصدرها الى موظفيها في السلك الاداري،وذلك لتوضيح الاحكام الواردة في القانون وتقريبها من اذهان الموظفين التنفيذيين، وذلك لان الاصل في القانون ان يقتصر على عدد قليل من النصوص،أي الاحكام العامة دون التطرق الى الجزيئات والتفاصيل، وبذلك يخول المشرع الجهة المعنية بتطبيق التشريع لاصدار التعليمات لتنظيم الاحكام التفصيلة والجزئية الضرورية، لوضع القانون موضع التطبيق[2]، ولهذا الاسلوب ميزة وهي امكانية تعديل التعليمات المتضمنة للأحكام التفصيلة كلما اقتضت الضرورة ذلك، وكلما افرزت وقائع الحياة حالات تتطلب المعالجة، وكلما اظهرت التطبيقات العملية حاجة الى معالجة بعض الحالات المنصوص عليها في التعليمات، ولكن ينبغي الانتباه الى ضرورة ان تأتي احكام التعليمات متفقة ومتناسقة مع احكام القانون التي صدرت لتسهيل تنفيذها، اذ لايمكن ان تأتي التعليمات بأحكام مخالفة او مغايرة لاحكام القانون، وإلا فإننا نكون امام حالة عدم قانونية التعليمات[3].

وهناك سؤال يفرض نفسه في هذا المجال، هل ان التفسير الاداري يعد تفسيراً للقانون بالمعنى الدقيق للتفسير؟ او هل ان ماتقوم به الادارة من اصدار للتعليمات والانظمة لتسهيل تنفيذ قانون معين يعد تفسيراً لهذا القانون؟

---

[1] د. حسن حرب اللصاصمة، المدخل الى العلوم القانوية، دار الخليج عمان، 2004، ط1، ص90.

[2] استاذنا د. غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، مصدر سابق، ص217.

[3] د. عصمت عبد المجيد، اصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص30.

نحن نتفق مع الرأي الذي يذهب الى ان قيام الادارة(السلطة التنفيذية) بإصدار تعليمات او بيانات لتسهيل تنفيذ قانون معين لايمكن ان يعد تفسيراً لهذا القانون، وذلك لان التفسير يكون في حالة وجود غموض او عيب في احدى نصوص القانون، ولكن الذي يحدث ان المشرع عندما يصدر قانوناً فإنه يضع في ذلك القانون المبادئ والاطر العامة لتنظيم الحالة التي يصدر لتنظيمها ويترك للأنظمة والتعليمات التي تصدرها الادارة، امر معالجة التفاصيل والجزئيات الكثيرة، اذ ان تفاصيل العمل الاداري اليومي وتعامل الادارة مع الافراد للقيام بنشاطها يخلق حاجة مستمرة الى معالجات وقرارات سريعة يفضل ان لايشغل المشرع بها، لذا يترك امرها للإدارة في الحدود التي يرسمها القانون[1]، فعلى سبيل المثال الانظمة والتعليمات المتعلقة بالمرور وتنظيم نشاط معين وقرار منع السير في احدى الطرق، فهذه كلها انظمة وتعليمات تصدر تسهيلاً لتنفيذ القوانين وليس تفسيراً لها، وذلك كما قلنا ان التفسير يكون في حالة وجود غموض او عيب في النص وليس حالة تخويل المشرع للإدارة بأصدار انظمة او تعليمات لتسهيل تنفيذ قانون معين.

المطلب الثاني

تمييز التفسير عما يشتبه به

جاء في الفقرة الاولى من المادة (203) من قانون المرافعات المدنية على انه[2]: (للخصوم ان يطعنوا تمييزاً لدى محكمة التمييز في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف او محاكم البداءة او محاكم الاحوال الشخصية، ولدى محكمة استئناف المنطقة في الاحكام الصادرة من محاكم البداءة كافة وذلك في الاحوال الاتية: 1- إذا كان الحكم قد بني على مخالفة للقانون او خطأ في تطبيقه او عيب

---

[1] د. ماهر صالح علاوي، مباديء القانون الاداري، مصدر سابق، ص194.

[2] تقابلها الفقرة الاولى من المادة(248) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والفقرة الاولى من المادة (198) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

في تأويله). هنا المشرع العراقي استعمل مصطلح التأويل، فهل هناك فرق بين التفسير والتاويل؟ وكذلك هنالك مصطلح اخر قد يشتبه بالتفسير الا وهو التكييف لان كلا المصطلحين يتحدد نطاق عملهما بالنص القانوني، ولكن كما سنلاحظ لاحقاً هناك اختلافات جوهرية بين التفسير والتكييف. عليه فإننا سنوزع هذا المطلب على الفرعيين الاتيين:

الفرع الاول: تمييز التفسير عن التأويل.

الفرع الثاني: تمييز التفسيرالقضائي من التكييف القضائي.

الفرع الاول

تمييز التفسير عن التأويل

التأويل لغة هو تفسير مايؤول اليه الشيء[1]. اما اصطلاحاً هو العدول عن تطبيق ظاهر نص ظني الدلالة الى مايحتمله من حكم اخر لدليل يقتضيه[2].

وهناك من يرى ان التفسير هو تبين المراد من الكلام على سبيل القطع، اما التأويل فإنه تبين الكلام على سبيل الظن[3]، فالتفسير هنا اعم من التأويل.

ويشترك التأويل والتفسير في ان كلاً منهما عملية اجتهادية، وكذلك الغرض من كل واحد منهما هو بيان المقصود من تطبيق النص في خصوص القضية التي يسري عليها، وعلى الرغم من هذا الشبه فهناك اختلافات جوهرية بينهما اهمها مايأتي[4]:

---

[1] محمد بن ابي بكر الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص33.

[2] د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، ج2، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009، ص448.

[3] د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية، دار النهضة العربية القاهرة، 1979، ص497.

[4] د. مصطفى ابراهيم الزلمي، مصدر سابق، ص453 وما بعدها.

1- ان التأويل عدول عن المعنى الظاهر للنص الى معناه غير الظاهر لدليل يقتضي ذلك، اما التفسير فهو الكشف عن معنى النص.

2- ان التفسير اعم من التأويل واكثر مايستعمل التفسير في الالفاظ والتأويل في المعاني.

3- التفسير قد يكون من المشرع ويسمى تفسيراً تشريعياً، وقد يكون من الفقيه ويسمى تفسيراً فقهياً، وقد يكون من القاضي ويسمى تفسيراً قضائياً، في حين ان التأويل لايمكن تصوره من المشرع.

4- ان القاضي ملزم بتفسير النص بخلاف التأويل فهو عملية اجتهادية خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي.

5- التفسير يجعل النص المفسر قطعي الدلالة على المعنى، اما التأويل فهو ترجيح احد الاحتمالات بدون قطع (جزم).

6- ان الباعث الى التفسير هو ازالة الغموض في النص، اما الباعث للتأويل فهو مصلحة او حاجة او ضرورة تقتضي العدول بالنص من معناه الظاهر الى معناه غير الظاهر.

وعلى الرغم من هذه الاختلافات فأن الاستاذ الزلمي يستدرك قائلاً[1]: (ورغم الفروق ارى ان التأويل صورة من صور التفسير القضائي وهو تطويع النص لتحقيق العدالة) ويبدو لنا ان الرأي الراجح فقهاً هو رغم وجود الاختلافات بين التفسير والتأويل الا ان كلاهما يؤديان الى نتيجة واحدة وان التفسير اعم من التأويل لذلك نقترح ان يتم تعديل الفقرة الاولى من المادة (203) من قانون المرافعات المدنية العراقي وجعلها كالاتي: (1- اذا كان الحكم قد بني على مخالفة للقانون او خطأ في تطبيقه او عيب في تفسيره) وذلك كما اسلفنا لان التفسير اعم من التأويل.

---

[1] د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص454.

الفرع الثاني

تمييز التفسير القضائي من التكييف القضائي

قد يبدو لاول وهلة ان هناك شبهاً بين كل من التفسير والتكييف، وذلك لان القاضي حينما يقوم بتطبيق القاعدة القانونية المناسبة على الواقعة المعروضة فأنه يجب اولاً ان يقوم بتفسير هذا النص ومدى ملاءمته لتطبيقه على الواقعة المعروضة، وهذه العملية المزدوجة (تفسير النص القانوني ومن ثم الحاق الواقعة بهذا النص) هما عمليتان منفصلتان ويختلفان عن بعضهما، ولاجل التعرف على هذه الاختلافات، يجب اولاً ان نعرف التكييف، ومن ثم نتناول اهميته وبعد ذلك نتطرق الى صفاته واخيراً ومن خلال الفقرات المتقدمة سنلاحظ الفرق بينه وبين التفسير.

اولاً: تعريف التكييف

التكييف عملية قانونية مهمة جداً، اذ عن طريقه يتم تطبيق حكم القاعدة القانونية على فرضيتها المتمثلة بالواقعة الحاصلة التي وضعها التكييف ضمن اطار الفرضية التي وضعها المشرع[1]، والتكييف القانوني قد يكون قضائياً وقد يكون فقهياً، فهو من حيث انه عمل قضائي يقوم به القاضي بإعطاء الوصف القانوني السليم للواقعة المعروضة عليه تمهيداً لتطبيق الحكم القانوني الملائم عليها، كما انه عمل فقهي يقوم به الفقيه بتصنيف الوقائع حسب اوصافها فيجمع عدداً منها ويضعها في مجموعة واحدة ثم يقوم بتسمية هذه المجموعة ليتم من بعد ذلك ادراج الواقعة المماثلة[2].

---

(1) تتكون القاعدة القانونية من عنصرين مهمين هما: الفرضية والحكم، الفرضية تفترض وقوع حدث في المستقبل يرتب عليه القانون حكماً، هذا الحكم هو الجواب على السؤال المفترض في الفرضية، للمزيد من التفصيل راجع استاذنا د. محمد سليمان الاحمد، عناصر القاعدة القانونية (الفرضية والحكم) بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، العدد الخامس، أيلول، 1998، ص104 ومابعدها.

(2) د. سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 1995، ص85.

ويعرف جانب من الفقه[1] التكييف بأنه تحليل للوقائع والتصرفات القانونية تمهيداً لاعطائها وصفها الحق ووضعها في المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة في فرع معين من فروع القانون. ويلاحظ على التعريف المتقدم انه يأتي في اطار القانون الدولي الخاص.

اما في اطار قانون المرافعات فيعرف جانب من الفقه التكييف بأنه عبارة عن عمل قانوني الزامي يقوم به قاضي الموضوع بمناسبة طرح دعوى عليه يتجسد في التسبيب، جوهره اندماج واقع الدعوى والقانون المنطبق عليه بتجريدها تجريداً قضائياً وذلك من خلال قياس منطقي فيما بين مقدمات يعتمد فيها على قواعد واصول ثابتة والناتج هو التكييف القانوني[2].

ونحن نرجح التعريف الذي يذهب الى ان التكييف هو[3]: (عملية اعطاء النزاع المطروح على القاضي وصفا قانونيا تمهيدا لتطبيق الحكم القانوني الملائم عليها) وذلك لانه جاء تعريفاً جامعاً ولم يتقيد بأطار قانون معين من القوانين.

ثانياً: اهمية التكييف

تكييف القاضي لوقائع الدعوى مسألة قانونية اجتهادية، وهي مسألة عامة وموجودة في جميع فروع القانون والقانون الدولي الخاص بصفة خاصة، ويحتل مكاناً مهماً وجوهرياً بشأن تطبيق القواعد القانونية، لأنه عملية حتمية إذ يتحتم دائماً

---

(1) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف الاسكندرية، 1974، ط3، ص111.

(2) محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1982، ص114. انظر كذلك:

Motulsky،realization me tuodique de droit،these،Lyon،1977،p.17-20

اشار الى المصدر اعلاه محمد غانم يونس الامين، الطعن تمييزا في الاحكام المدنية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2004.

(3) استاذنا د. محمد سليمان الاحمد، اهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية القانون، جامعة الموصل، العدد العشرون، السنة التاسعة، اذار، 2004، ص87.

وأبداً تكييف الواقعة تمهيداً لتطبيق حكم القانون عليها[1]، اما في نطاق القانون الدولي الخاص فيحتل التكييف دوراً مهماً وذلك في حالة وجود العلاقات القانونية الخاصة المشوبة بعنصر اجنبي، اذ ان قواعد الاسناد تشيرالى القانون الواجب التطبيق على الواقعة، من بين قوانين الدول التي تتزاحم للتطبيق عليها، لكن العملية تتطلب كذلك تعيين القانون الواجب التطبيق من بين القوانين السارية في الدولة التي اشارت قواعد الاسناد الى اختصاص قانونها، وهنا ينبغي معرفة وصف الواقعة، وهذا يكون من خلال التكييف[2]، ومن هنا تظهر اهمية التكييف القانوني من خلال تشعبه في كافة ارجاء العمل القضائي.

ثالثاً: صفات التكييف:

يتصف التكييف عموماً بالصفات الاتية:

1- يعد التكييف مسألة قانونياً، يتم من خلاله اعطاء الوصف القانوني السليم للواقعة المعروضة على القاضي اذ ان القانون يضع اوصافاً معينة لوقائع يفترض وقوعها في المستقبل، لكن دون ان يدخل في تفاصيل الواقعة الحياتية الحاصلة فعلاً في الواقع والتي تخرج من مدركات الافتراض منطقاً، وهذا ليس رغبة من المشرع، بل لان تفصيلات الواقع متنوعة وكثيرة وغير متناهية، ومن ثم فالمشرع لايستطيع استيعاب كل مايقع في المستقبل، فكل مايفعله هو عبارة عن وضع الاحكام (القوالب او النماذج) - إن صح التعبير - ويأتي دور القاضي بإدراج الواقعة ووضعها في قالبها المناسب[3].

---

[1] أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد، اهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطـاق تطبيق القانون المختص، مصدر سابق، ص89.

[2] استاذنا د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول، دار وائل، عمـان2001، ط3، ص66.

[3] استاذنا د. محمد سليمان الاحمد، الوضع القانوني لعقود انتقال اللاعبين المحترفين، دار الثقافة للنشـر، عمان، 2001، ط1، ص65.

2- محل التكييف هو الواقعة: ونعني بالواقعة هنا المعنى الواسع لها، وهي كل حدث حاصل بإرادة او بلا ارادة قابلاً للحكم عليه، فيصدق وصف الواقعة على كل مايمكن ان تترتب الاحكام القانونية عليه، والواقعة لاتقبل حكم القانون عليها مالم تكن محلاً للإثبات[1]، فكل واقعة تقبل الاثبات تصلح ان تكون محلاً للتكييف القانوني، عليه فإن كلاً من العقود، والاتفاقات بين الاشخاص القانونية، داخل الدولة او على مستوى العلاقات الدولية، والمسؤوليات والوقائع المادية، طبيعية كانت او بفعل الانسان والجرائم سواء كانت جنايات أو جنح أو مخالفات، وعقوباتها، والعقد والصلح، وكل المعاملات والحوادث المنشئة للحقوق سواء كانت شخصية او عينية او معنوية والقرارات الادارية والاحكام القضائية هي وقائع بالمعنى العام لها، لانها احداث قابلة للحكم عليها[2].

3- التكييف عملية ممهدة لتطبيق القانون، اذ عن طريق التكييف يتم تأهيل الواقعة لتطبيق حكم القانون عليها.

4- ينعقد التكييف على مرحلتين، مرحلة الحاق الواقعة بوصف قانوني يجعلها تخضع لنمط قانوني معين في قانون معين[3]، ومرحلة توظيف الواقعة لصهرها في فرضية القاعدة القانونية الخاصة بها تمهيداً لتطبيق حكم القاعدة عليها، أي بالامكان تسمية التكييف الأول (التكييف التوصيفي) والثاني (التكييف التوظيفي)[4]، ففي الاول يتم الحاق الواقعة بنظامها القانوني، وفي الثاني يتم

---

(1) استاذنا د. عباس العبودي، شرح قانون الاثبات، مصدر سابق، ص44.

(2) استاذنا د. محمد سليمان الاحمد، اهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية، مصدر سابق ص104.

(3) النمط القانوني: هو مجموعة من الافكار القانونية المشتركة في الغرض وبمجموع الانماط القانونية يتكون النظام القانوني للمزيد، انظر عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بيت الحكمة، بغداد، 1989، ص28.

(4) استاذنا د. محمد سليمان الاحمد، اهمية الفرق بين للتكييف القانوني والطبيعة القانونية، مصدر سابق، ص99.

الحاقها بحكمها الخاص بها، فمثلاً لو عرضت قضية امام القاضي تتعلق بمسؤولية مدنية، فإن عليه اولا ان يوصف الواقعة، هل هي مسؤولية عقدية ام تقصيرية، وهذا هو التكييف التوصيفي، وبه تلحق الواقعة اما بنظام المسؤولية العقدية او بنظام المسؤولية التقصيرية، فإذا وجد القاضي انها مسؤولية تقصيرية (مثلاً) فأية فرضية تنصهر بها الواقعة، هنا يأتي دور التكييف التوظيفي.

رابعاً: الفرق بين التكييف والتفسير

من خلال الفقرات المتقدمة اتضح لنا ان التكييف هو اعطاء الوصف القانوني السليم للواقعة المعروضة على القاضي تمهيداً لتطبيق الحكم القانوني الملائم عليها، اما التفسير فهو تحديد المعنى الذي تتضمنه القاعدة القانونية وتعيين نطاق تطبيقها حتى يمكن الاستدلال على ماتتضمنه القاعدة وحتى يمكن تطبيقها على الظروف الواقعية التي يثار بصددها تطبيق الواقعة.

لذلك فإن مجال التكييف هو الواقع والقانون، في حين ان مجال التفسير هو النص القانوني فقط[1]، وتكييف الواقعة هو ردها الى نص من نصوص القانون واجب التطبيق عليها، اما التفسير كما اسلفنا فهو توضيح النص القانوني.

وكذلك فإن الخطأ في تطبيق القانون (او كما اوضحنا الخطأ في تكييف القانون) الذي ورد في الفقرة الاولى من المادة (203) من قانون المرافعات المدنية العراقي،هوتطبيق قاعدة قانونية على واقعة لاتنطبق عليها او تطبيقها على نحو يؤدي الى نتائج قانونية مخالفة لتلك التي يريدها القانون او برفض تطبيقها على واقعة تنطبق عليها[2]، في حين ان الخطأ في تفسير القانون، هو اعطاء القاعدة القانونية الواجب تطبيقها معنى غير معناها الحقيقي، فالخطأ في تفسير القانون يعني

---

[1] هدى سالم محمد، التكييف القانوني للجرائم في قانون العقوبات، اطروحة دكتوراة، كلية القانون، جامعة الموصل، 2000، ص82.

[2] د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004، ص199.

اذاً، الخطأ في فهم المقصود بالقاعدة القانونية الواجبة الاعمال، او بصرف حكم قاعدة قانونية على معنى لم يقصده المشرع، او بأعطاء القاعدة القانونية معنى او اثراً تفتقده هذه القاعدة بحسب قصد المشرع منها[1].

فعلى سبيل المثال قد تخطيء محكمة الموضوع في تفسير نص المادة (89)[2] من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل، المتضمن الوارثين بالقرابة وكيفية توريثهم فتذهب الى توريث ذوي الارحام مع وجود العصبات وذلك بتفسير المادة اعلاه على اساس تقسيم الورثة الى طبقات بصورة مرتبة، كل طبقة تحجب التي بعدها، في حين ان المتمعن في المادة اعلاه يرى ان المشرع العراقي لم يأخذ بالترتيب الطبقي، وانما قصد بهذا النص بيان المراد من الوارثين بالقرابة جملة، وهذا ماذهبت اليه محكمة التمييز في قرار لها، المتضمن[3]، (بالرجوع الى المادة (89) من قانون الاحوال الشخصية النافذ والتي نصت على الوارثين بالقرابة وكيفية توريثهم، وجاء هؤلاء الورثة على ثلاثة اصناف وكما هو منصوص عليه في الفقرات 1،2،3، من المادة المذكورة، وهذا ورد على سبيل تعداد مستحقي التركة وليس على اساس الترتيب الطبقي، وان حكم المادة(90) من القانون المذكور نصت على: (مع مراعاة ماتقدم يجري توزيع الاستحقاق والانصبة على الوارثين بالقرابة وفق الاحكام الشرعية التي كانت مرعية

---

[1] عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج4، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2008، ط2، ص24.

[2] تنص المادة (89) من قانون الاحوال الشخصية النافذ على انه: (الوارثون بالقرابة وكيفية توريثهم:

1- للابوان والاولاد وان نزلوا للذكر مثل حظ الانثيين.

2- الجد والجدات والاخوة والاخوات واولاد الاخوة والاخوات.

3- الاعمام والعمات والاخوال والخالات وذوي الارحام.

4- تعتبر الاخت الشقيقة بحكم الاخ الشقيق في الحجب).

[3] قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 133/ موسعة مدنية /2010 في 2010/9/20 النشرة القضائية العدد السادس عشر /اذار /2011، تصدر عن مجلس القضاء الاعلى، ص47.

قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية رقم 199 لسنة 1959 كما تتبع فيما بقي احكام المواريث)، وبموجب هذه الاحكام فأن المميزة المدعية تعد من ذوي الارحام وهي لاترث مع وجود العصبات وان كانت هي اقرب للمتوفية(أ) من المميز عليهم، وهذا ماسار عليه قضاء هذه المحكمة، ويستدل على وجهة النظر المبسوطة من ان المشرع لم يرد عنه ذكر الوارثين بالقرابة في المادة(89) الترتيب الطبقي بل اراد تعداد مستحقي التركة، وهو ماورد بقانون التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية رقم(21) لسنة 1978 الذي اضاف فقرة برقم (2) للمادة (91) منه جاء حكمها ينص على: (تستحق البنت او البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفي ماتبقى من التركة بعد اخذ الابوين والزوج الاخر فروضهم منها وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود أي منهم) وكذلك ماورد بقانون التعديل الثالث للقانون المذكور انفاً رقم (34) لسنة 1983 الذي اضاف فقرة برقم(4) من المادة (89) منه والتي جاء نصها (تعتبر الاخت الشقيقة بحكم الاخ الشقيق في الحَجب) لذا قرر نقض الحكم واعادة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق ماتقدم وصدر القرار بالاتفاق).

المبحث الثاني

مدى القوة الملزمة لتفسير محكمة التمييز

وحالة اصرار محكمة الموضوع على حكمها المنقوض

عندما يقوم القاضي بتفسير نص قانوني معين في معرض نظره لقضية مطروحة امامه، ومن ثم اصدار الحكم الحاسم في الدعوى، هنا نكون امام امرين: الاول،وهو ان يرضى اطراف النزاع (الخصوم) بالحكم الصادر في الدعوى، ولايستخدمون حقهم في الطعن، في هذه الحالة فان الحكم يكتسب درجة البتات[1] بعد مرور المدة القانونية للطعن.

اما الامر الثاني: وهو ان يبادر احد الخصوم -الذي اضر به الحكم- بالطعن فيه امام المحكمة المختصة بنظرالطعن سواء كانت محكمة التمييز أو محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية، وبعد ان تقوم المحكمة اعلاه بإجراء تدقيقاتها في الدعوى، فإنها تقرر[2]: اما تصديق الحكم المميز، اوتقرر نقض الحكم واعادته الى

---

[1] الاحكام الباتة:هي الاحكام النهائية التي لايقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن الا عن طريق اعادة المحاكمة والطعن لمصلحة القانون، ويكتسب الحكم درجة البتات في الحالات الاتية: أ -اذا صدق الحكم استئنافاً وتمييزاً وتصحيحاً، ب -اذا بلغ الخصوم بالحكم ولم يطعنوا فيه بالاستئناف والتمييز، ج- اذا اتفق الخصوم واسقطوا حقهم في الطعن بالحكم، للمزيد راجع استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص377.

[2] تصدر المحكمة المختصة بنظر الطعن قرارها على احد الوجوه الآتية: 1- رد عريضة التمييز اذا كانت مقدمة بعد مضي مدة التمييز او كانت خالية من الاسباب المبينة في المادة(203) من هذا القانون)،وتقابلها المادتان (248) و(270) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمادتان (196) و(198) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني، وكذلك فأن الفقرة الاولى من المادة (212) من قانون المرافعات العراقي تنص على انه: (اذا نقض الحكم بسبب عدم اختصاص المحكمة فتعين المحكمة المختصة بنظر الطعن في قرارها المحكمة المختصة وترسل اوراق الدعوى اليها وتشعر المحكمة التي اصدرت الحكم بذلك، وتقابلها المادة(269) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمادة(199) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

محكمة الموضوع للفصل في الدعوى في ضوء القرار التمييزي، او تقوم بإصدار حكم جديد في الموضوع اذا كان صالحاً للفصل فيه[1]، وهنا يمكن ان يثار السؤالان الآتيان:

السؤال الاول: مدى الزام التفسير الذي تقوم به محكمة التمييز في حالة تصديها للفصل في موضوع النزاع؟

السؤال الثاني: مدى الزام قرارمحكمة التمييز في حالة عدم قبولها بتفسير محكمة الموضوع لنص قانوني معين،وذلك عندما تنقض الحكم وتعيده الى محكمتها للفصل فيه من جديد؟ او بعبارة اخرى ماهو الاثر المترتب في حالة اصرار محكمة الموضوع على حكمها المنقوض؟ عليه فأن هذين السؤالين سيكونا محور بحثنا في هذا المبحث والذي سنوزعه على المطلبين الاتيين:

المطلب الاول: تصدي محكمة التمييز للفصل في موضوع النزاع

المطلب الثاني: الاصرار في حالة عدم قبول محكمة الموضوع بتفسير محكمة التمييز

المطلب الاول

تصدي محكمة التمييز للفصل في موضوع النزاع

ان الاصل في محكمة التمييز عند تدقيقها للحكم المميز ان تقرر تصديقه او نقضه وإعادة الدعوى الى محكمتها للنظر فيها وفق احكام المواد 210 و211و212 من قانون المرافعات النافذ، وذلك لانها محكمة تدقيق وليست درجة من درجات التقاضي، ولان الفصل في النزاع هو من اختصاص محكمة الموضوع، وان دور

[1] تنص المادة (214) من قانون المرافعات العراقي النافذ على انه: (اذا رأت محكمة التمييز نقض الحكم لمخالفته للقانون او للخطأ في تطبيقه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه وجب عليها ان تفصل فيه)، وتقابلها الفقرة الثالثة من المادة (269) من قانون المرافعات المصري والفقرة الرابعة من المادة(197) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

محكمة التمييز يقتصر على تدقيق اوراق الدعوى والتحقق من موافقة الحكم للقانون[1]، الا ان المشرع العراقي قد استثنى حالة كون الحكم المميز مخالفاً للقانون او كان هناك خطأ في تطبيقه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه، حيث اوجب على محكمة التمييز في هذه الحالة التصدي للفصل في موضوع النزاع، والهدف من ذلك هو تبسيط اجراءات التقاضي وعدم اطالة امد النزاع بإرسال القضية الى محكمة الموضوع واعادتها مجدداً الى محكمة التمييز[2]: لذلك سنحاول في هذا المطلب ان نتناول تعريف التصدي وتحديد نطاقه، ومن ثم شروط هذا التصدي، وهل يجوز لمحكمة التمييز ان تفسر نصاً قانونياً معيناً ومن ثم تتصدى للفصل في موضوع النزاع في ضوء هذا التفسير؟ عليه سنقسم هذا المطلب الى الفرعيين الاتيين:

الفرع الاول: تعريف مفهوم التصدي من جانب محكمة التمييز.

الفرع الثاني: شروط قيام محكمة التمييز بالتصدي لموضوع النزاع.

الفرع الاول

تعريف مفهوم التصدي من جانب محكمة التمييز

ان المقصود بتصدي محكمة التمييز للفصل في موضوع النزاع هو، قيام محكمة التمييز بالحكم في موضوع الدعوى الذي سبق عرضه والفصل فيه من محكمة الموضوع[3]. والتصدي في قانون المرافعات العراقي النافذ هو امر واجب، إذ الزم المشرع العراقي في المادة (214) منه محكمة التمييز عند نقض الحكم بالفصل في موضوع النزاع اذا كان صالحاً للفصل فيه[4].

---

(1) د. ضياء شيت خطاب، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية العراقي، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1970، ص368.

(2) الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية.

(3) د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، مصدر سابق، ص463.

(4) كذلك الحال في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، فإن التصدي امر واجب على محكمة النقض في حالة توافر الشروط المنصوص عليها في المادة(269) منه، مع ملاحظة ان التصدي ==

وتجدر الاشارة بأن قانون المرافعات النافذ هو الذي اوجب على محكمة التمييز التصدي اذا توافرت شروطه، في حين ان قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية العراقي رقم(88) لسنة 1956 (الملغي) كان يقضي بإعادة اوراق الدعوى الى المحكمة التي اصدرت الحكم المميز اذا قررت محكمة التمييز نقضه، وبذلك لم يسمح لمحكمة التمييز حق التصدي للفصل في موضوع النزاع[1]، وكذلك كان الحال في ظل قانون اصول المحكامات الحقوقية العثماني، حيث لم يجز لمحكمة التمييز اذا نقضت الحكم، الفصل في الموضوع بل كان يحتم عليها اعادة الدعوى الى المحكمة التي اصدرت الحكم[2]. ولكن بعد الاحتلال البريطاني للعراق صدر نظام المحاكم رقم (4) لسنة 1918 فأجاز لمحكمة التمييز اذا وجدت سبباً لنقض الحكم، حق النظر في الدعوى واصدار حكم جديد[3].

ان قيام محكمة التمييز بالتصدي للفصل في موضوع النزاع هي سلطة منحها المشرع للمحكمة اعلاه، اذا قررت نقض الحكم وكان موضوع النزاع صالحاً

== هو امر جوازي متروك لتقدير المحكمة في قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني حيث تنص الفقرة(4) من المادة (197) منه على انه: (لمحكمة التمييز ان تحكم في الدعوى دون ان تعيدها الى مصدرها اذا كان الموضوع صالحاً للحكم).

[1] راجع المادة (224) من قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية العراقي رقم (88) لسنة 1956 (الملغي).

[2] راجع المادة(242) من قانون اصول المحاكمات الحقوقية (العثماني).

[3] تنص المادة(28) من نظام المحاكم رقم (4) لسنة 1918 على انه: (عند النظر في طلبات التمييز والحكم فيها ترد محكمة التمييز الطلب وتصدق الحكم البدائي اذا لم تجد سبباً داعياً للتمييز، واذا وجدت سبباً فإنها اما ان تنقض الحكم او تنظر في الدعوى مجدداً او تصدر حكماً في اساسها فأذا انقضته ترى المحكمة المختصة الدعوى مرة اخرى بناءً على طلب المميز، ولكن لمحكمة التمييز ان تودع الدعوى الى محكمة اخرى ان رأت ذلك موافقاً). وتجدر الاشارة الى ان محكمة التمييز ومنذ انشائها في عام 1925 واستناداً للسلطة الممنوحة لها بموجب النظام اعلاه كانت تتصدى للفصل في موضوع الدعوى عند نقض الحكم في قرارات عديدة لها منها القرار رقم (685) في 1925/12/29 القرار رقم(92) في 1926/4/5 والقرار رقم (75) في 1927/1/12، للمزيد من التفصيل حول القرارات اعلاه انظر د. عبد الرزاق عبدالوهاب، الطعن في الاحكام بالتمييز، مصدر سابق، ص309.

للفصل فيه تلافياً لاطالة امد النزاع دون مبرر، والسوال هو هل للخصوم ان يطلبوا من محكمة التمييز عند الطعن في الحكم التصدي للفصل في موضوع النزاع؟ الجواب يكون بالايجاب وذلك لان الدعوى في قانون المرافعات العراقي هو طلب شخص حقه من اخر امام القضاء[1].

فالمقصود بطلبات المدعي: هي الامر والنهي الذي يطلب المدعي من المحكمة اتخاذه في حدود القانون لضمان اقرار حقه، أو رد الاعتداء عليه، وهناك من يرى انه يوجد نوعين من الطلبات يقدمها المدعي عادة[2]، النوع الاول هي تلك الاجراءات التي تقوم بها المحكمة من تلقاء نفسها ولاحاجة لطلبها، كتبليغ الخصوم بالحضور او تبيلغهم بعريضة الدعوى او تسجيلها في السجل الاساس او استيفاء الرسم، اما النوع الثاني من الطلبات فهي الاجراءات التي هي من حق الخصم فيجب عليه ان يطلبها، كطلب المدعي بإلزام المدعي عليه اما القيام بتصرف معين او الامتناع عن القيام به او تقرير حالة قانونية جديدة او انشاء مركز قانوني.

وفيما يتعلق بطلب الخصوم من محكمة التمييز التصدي للفصل في موضوع النزاع، فنحن نرى انها من النوع الاول من الطلبات والتي تقوم بها المحكمة من تلقاء نفسها في حدود السلطات الممنوحة لها ولاحاجة لطلبها، ولكن مع ذلك فإنه يجوز للخصوم ان يطلبوا من محكمة التمييز التصدي للموضوع على الرغم من انها ليست ملزمة بقبول طلب الطاعن بالتصدي للموضوع، لان لها وحدها اذا وجدت شروط التصدي متوفرة بعد نقض الحكم ان تفصل في الموضوع والا فلها ان تعيد اوراق الدعوى الى محكمة الموضوع للفصل في النزاع، فالتصدي سلطة لمحكمة التمييز تستعملها غير مقيدة بطلبات الخصوم وليس حقاً للخصوم[3].

---

(1) راجع المادة(2) من قانون المرافعات المدنية العراقي، مع ملاحظة ان المشرعين المصري والاردني لم يتطرقا الى تعريف الدعوى.

(2) ضياء شيت خطاب، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية العراقي، مصدر سابق، ص163.

(3) د. عبد الرزاق عبد الوهاب، تصدي محكمة التمييز للفصل في موضوع النزاع، مجلة القضاء، العددان الثالث والرابع، 1975، ص65. وتجدر الاشارة الى ان القاضي د.عبد الرزاق عبد الوهاب يذكر في بحثه: (والملاحظ ان كثيراً من المحامين قد جروا على ان يطلبوا في عريضة الطعن من محكمة التمييز تطبيق المادة(214) من قانون المرافعات المدنية غير ان هذه الطلبات لاتتقيد بها محكمة التمييز).

الفرع الثاني

شروط قيام محكمة التمييز بالتصدي لموضوع النزاع

إتضح لنا مما سبق ان الاصل في محكمة التمييز عند تدقيقها للحكم المميز، ان تقرر تصديقه او نقضه واعادة الدعوى الى محكمتها للنظر فيها مجدداً، ولكن المشرع العراقي واستجابة للإتجاهات الحديثة في قانون المرافعات، اجاز لمحكمة التمييز ان تتصدى لموضوع الدعوى اذا رأت نقض الحكم، وتحكم في موضوع الدعوى ان كانت صالحة للفصل فيها وذلك لسرعة انهاء الخصومة، ويشترط لتطبيق المادة (214) من قانون المرافعات والمتعلقة بموضوع التصدي توفر الشروط الاتية:

اولاً: ان تقرر محكمة التمييز نقض الحكم المطعون فيه

يشترط لتطبيق المادة (214) مرافعات ان تقرر محكمة التمييز نقض الحكم من حيث اسبابه ونتائجه، سواء وقع النقض على جميع الحكم او على بعض اجزائه، فذهاب محكمة التمييز بسند الحكم الى اسباب غير الاسباب التي استندت اليها محكمة الموضوع مع بقاء نتيجة الحكم على حالها، لايستوجب نقض الحكم ومن ثم لايعد تصدياً لموضوع الدعوى ولاحكماً فيها[1]، فالفصل في الموضوع لايكون الا عند نقض الحكم والفصل فيه.

ثانياً: ان يكون الحكم المميز قد نقض لمخالفته القانون او للخطأ في تطبيقه

ان هذا الشرط يتعلق بالسبب الذي وقع النقض من اجله، ويلاحظ ان المشرع العراقي قد ذكر سببين من اسباب النقض، وهما مخالفة الحكم للقانون والخطأ في تطبيقه، واستبعد اسباب النقض الاخرى المنصوص عليها في المادة (203)[2] من قانون المرافعات المدنية.

---

[1] د. سعدون ناجي القشطيني، شرح احكام المرافعات، مصدر سابق، ص415.

[2] تقابلها المادة(248) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمادة (198) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

والسؤال الذي يفرض نفسه في هذا المجال هل ان الحالات المنصوص عليها في المادة(203) تدخل ضمن مفهوم (مخالفة الحكم للقانون او الخطأ في تطبيقه) والمنصوص عليها في المادة (214) من قانون المرافعات؟ ام ان عدم النص على هذه الحالات في المادة (214) من قانون المرافعات يشير الى ان المشرع العراقي قد حصر نطاق تصدي محكمة التمييز لموضوع الدعوى في حالة مخالفة الحكم للقانون او للخطأ في تطبيقه دون الحالات الاخرى الواردة في المادة (203) من قانون المرافعات؟

يذهب جانب من الفقه[1] الى انه اذا تم تفسير (مخالفة الحكم للقانون او الخطأ في تطبيقه) تفسيراً واسعاً، فانها تشمل جميع الحالات الاخرى المنصوص عليها في المادة (203) من قانون المرافعات وهي العيب في تأويل القانون ومخالفة قواعد الاختصاص والخطأ في الاجراءات ووقوع خطأ جوهري في الحكم... وعندئذٍ يمكن القول بأن لمحكمة التمييز التصدي لموضوع الدعوى، عند نقض الحكم بسبب اية مخالفة للقانون او للخطأ في تطبيقه بمعناه العام، وهذا هو التفسير الواسع للمادة(214) من قانون المرافعات.

ولكن اذا تم تفسير العبارة السابقة الواردة في المادة(214) تفسيراً ضيقاً، حينئذٍ يجب على محكمة التمييز ان تتقيد بالحكم في الدعوى في تلك الحالتين المذكورتين، وهما مخالفة الحكم للقانون او الخطأ في تطبيقه بمعناه الضيق، لان هذا الحق اعطي لمحكمة التمييز على سبيل الاستثناء، فلايجوز التوسع فيه، ويبدو لنا ترجيح الاخذ بالتفسير الواسع للمادة(214) من قانون المرافعات وذلك لان عدم النص على الحالات الاخرى الموجبة لنقض الحكم في المادة (214) من قانون المرافعات، وذكرها في المادة (203) منه يدل على ان المشرع قصد ذلك، ولو لم يكن المشرع يقصد ذلك لكان نص على جميع تلك الحالات.

---

[1] ضياء شيت خطاب، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص369.

والملاحظ انه اذا كان من الممكن استبعاد حالتي نقض الحكم لوقوع بطلان في الاجراءات او لعدم الاختصاص من التصدي، لان الموضوع في هاتين الحالتين لايكون صالحاً للفصل فيه، فان ذلك يستوجب اعادة الدعوى الى محكمة الموضوع للفصل فيه، الا ان منع التصدي في حالة النقض للتناقض في الاحكام امر في غير محله، وذلك كما يرى جانب من الفقه[1]، ان ما تفعله محكمة الموضوع بعد النقض هو رد الدعوى لسبق الفصل فيها ولايحتاج الموضوع الى تحقيق او اجراء جديد، وكذلك الحال اذا كان النقض لوقوع خطأ جوهري في الحكم فهي تدخل ضمن مفهوم مخالفة الحكم للقانون والخطأ في تطبيقه[2]، فلا مبرر من حرمان محكمة التمييز من التصدي اذا نقضت الحكم للخطأ الجوهري.

ثالثاً: ان يكون الموضوع صالحاً للفصل فيه

ان المقصود بهذا الشرط، ان يكون مابقي من مسائل الدعوى الواقعية والقانونية من الممكن جلبها دون الحاجة لاتخاذ اجراء جديد من اجراءات التحقيق، ومحكمة التمييز عندما تستعمل حقها في التصدي للموضوع لايكون لها ما لمحكمة الموضوع، اذ ليس لمحكمة التمييز سماع الشهود او اجراء كشف جديد او انتخاب خبراء، لان ذلك يعني ان الدعوى غير صالحة للفصل فيها[3]، وإنما يكون لها دعوة الطرفين وسماع اقوالها ان وجدت ضرورة لذلك0ويرى جانب من الفقه[4] الى انه ينبغي ان لاينصرف البال الى ان محكمة التمييز اذا رأت التصدي للموضوع فإنها تفتح باب المرافعة وتجري تحقيقات جديدة، لان هذا لايتفق واشتراط المشرع كون الموضوع صالحاً للفصل فيه، فضلاً عن عدم جواز تقديم ادلة جديدة امام محكمة التمييز.

---

(1) د. عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في الاحكام بالتمييز، مصدر سابق، ص311.

(2) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية،ج4، مصدر سابق، ص109.

(3) استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص429.

(4) د. عبد الرزاق عبد الوهاب، تصدي محكمة التمييز للفصل في موضوع النزاع، مصدر سابق، ص68.

ويترتب على استخدام محكمة التمييز لحقها في التصدي، حسم النزاع بصفة نهائية ولايجوز اعادة طرحه بجميع عناصره مرة اخرى امام القضاء في صورة دعوى مبتدأة، ويكتسب حكمها حجية الأحكام، والحكم الصادر بالنسبة للخصوم يعد سنداً تنفيذياً نهائياً ويستخدم في اعادة الحال الى ماكانت عليه إذا كان الحكم المطعون فيه بالتمييز قد نفذ كله او نفذ بعض منه[1].

بعد الانتهاء من تعريف حق التصدي وتحديد نطاقه، وبيان شروطه، نرى هنا لزاماً ان نسأل عن الاثر المترتب في حالة عدم تصدي محكمة التمييز للفصل في موضوع دعوى معينة بعد توفر الشروط اللازمة للتصدي، علماً بأن نص المادة(214) من قانون المرافعات المدنية جاء بصيغة الالزام حيث تنص على (...وكان الموضوع صالحاً للفصل وجب عليها ان تفصل فيه...)، فيما يتعلق بالموضوع اعلاه فلم يرد في قانون المرافعات المدنية نصٍ يعالج الحالة اعلاه، لذلك نرى أنه يجب تعديل المادة(214) بحيث يستبعد منها صفة الوجوب (الالزام) وذلك لعدم امكان الزام محكمة التمييز بالتصدي لموضوع النزاع ولو على اقل تقدير من الناحية العملية، لانه حتى لو كانت هناك نصوص تعالج الحالة اعلاه بالزام محكمة التمييز في التصدي لموضوع النزاع فإن ذلك سيؤدي حتماً الى اطالة امد النزاع وعدم حسم الدعوى في مواعيد قصيرة نسبياً ولذلك نقترح تعديل المادة(214) من قانون المرافعات المدنية كي تكون على صورة بحيث تستبعد صيغة الوجوب في التصدي.

يتضح مما تقدم ان المشرع العراقي حصر تصدي محكمة التمييز للفصل في موضوع النزاع في دائرة ضيقة، تتمثل في مخالفة القانون او الخطأ في تطبيقه، حتى انه لم يسمح بالتصدي في حالة (العيب في التأويل) أي التفسير مع ان من صميم مهام محكمة التمييز هو القيام بتفسير القوانين، فلماذا يحرم من حق التصدي

---

[1] استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص430.

في حالة تفسيره لنص قانوني معين اذا كان الموضوع صالحاً للفصل فيه؟ وخصوصا ان موضوع تفسير النص القانوني يتعلق بمسالة قانونية من صميم عمل محكمة التمييز.

المطلب الثاني

الاصرار في حالة عدم قبول

محكمة الموضوع بتفسير محكمة التمييز

في بداية هذا المبحث اثير سؤال حول الاثر الملزم لقرار محكمة التمييز في حالة عدم قبولها بتفسير محكمة الموضوع لنص قانوني معين، وذلك عندما تنقض الحكم وتعيده الى محكمتها للفصل فيه من جديد في ضوء التفسير الذي قامت به محكمة التمييز، وبعبارة اخرى ماهو الاثر المترتب في حالة اصرار محكمة الموضوع على حكمها المنقوضأي الاصرار على تفسيرها السابق وعدم التزامها بتفسير محكمة التمييز؟

اذاً فما المقصود بالاصرار وماهي شروطه وماهي الحالات التي لايجوز فيها لمحكمة الموضوع الاصرارعلى حكمها المنقوض، كل هذه الاسئلة سنحاول الاجابة عنها في الفرعين الاتيين:

الفرع الاول: المقصود بإصرار محكمة الموضوع على حكمها المنقوض وشروطه.

الفرع الثاني: الحالات التي لايجوز فيها لمحكمة الموضوع الاصرار على حكمها المنقوض.

الفرع الاول

المقصود بإصرار محكمة الموضوع على حكمها المنقوض وشروطه

ان المقصود بإصرار محكمة الموضوع، هو ان تتمتع هذه المحكمة بحرية الفصل في الدعوى وفق ماتراه وغير مقيدة بإتباع محكمة التمييز في المسألة القانونية التي قررتها، بل لها ان تصر على قرارها وتصدر حكماً مماثلاً للحكم المنقوض[1]، وان الحكمة من اعطاء هذا الحق لمحكمة الموضوع في الاصرار، هو لاجل منح المحكمة مساحة واسعة من الاستقلال والحرية في اتخاذ الحكم[2].

وقد وجهت انتقادات لاعطاء الحق لمحكمة الموضوع في الاصرار، وذلك لانها تفسح مجالاً واسعاً للمحاكم بمخالفة المبادىء التي تقررها محكمة التمييز، وتلزم قضاة محكمة التمييز مجتمعين بإعادة النظر في هذه المبادئ، مع ملاحظة انه في الوقت الحاضر وبعد صدور القرار رقم (1) لسنة 1994 الذي تم بموجبه تعديل قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979، واصبحت الهيئة المختصة بنظر الطعن الواقع على الدعوى بعد إصرار محكمة الموضوع على حكمها المنقوض في الهيئة الموسعة في محكمة التمييز والتي حلت محل الهيئة العامة في ممارسة هذا الاختصاص لذلك لم يعد هناك وجه للإنتقاد الذي مفاده (ان الهيئة الواحدة من هيئات محكمة التمييز لاتقرر رأياً في القانون الا وهي ترتجف لاتدري ماذا يكون مصيره اذا اصرت المحاكم على مخالفته، وان محكمة التمييز لاتستطيع الزام المحاكم بأتباع رأيها الا بعد ان تحشد كل قواها بعقد دوائرها المجتمعة)[3] وذلك

---

(1) استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص430.

(2) د. صلاح الدين الناهي، مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات، دار المهد للنشر، عمان، 1982، ص189 .

(3) (دلاكراسري)، وظيفة محكمة التمييز في القانون المقارن، اشار اليه، د. محمد حامد فهمي، شرح المرافعات المدنية والتجارية، القاهرة، 1951، ج1، هامش (1)، ص792. انظر كذلك:
Henry Solus،et،perroot droit judiciaira،prive،Paris،1961،p.842.

لان الهيئة الموسعة تنعقد برئاسة رئيس محكمة التمييز او اقدم نوابه عند غيابه او وجود مانع قانوني من اشتراكه فيها وعضوية مالايقل عن ستة من قضاتها[1].

وقد اجاز المشرع العراقي لمحكمة الاستئناف ومحكمة البداءة الاصرار على حكمهما المنقوض في المسائل القانونية المختلف عليها بين محكمة التمييز وتلك المحاكم[2].

فإذا قررت محكمة التمييز نقض الحكم، سواء كان سبب النقض راجعاً لخطأ في القانون ام في تطبيقه ام خطأ في تفسيره، فيجوز في هذه الحالة لمحكمة الاستئناف ومحكمة البداءة الاصرار على حكمها المنقوض، لكن بعد توفر الشروط المطلوبة.

فقد تخطيء المحكمة في تفسير نص قانوني معين وتعطيه معنى غير معناه الحقيقي، كما لو فسرت المحكمة المادة(125)[3] من قانون الاثبات(والمتعلق بالمعاينة) تفسيراً خاطئاً وذلك بقيامها بالمعاينة بنفسها، وتأسيس حكمها في ضوء نتائج هذه المعاينة وذلك بالاستناد الى المادة(131)[4] من القانون اعلاه، ودون ان تلاحظ ان تقدير المعاينة اذا كان يتطلب معرفة علمية او فنية خاصة هنالك يجب

---

[1] المادة(13/اولاً/ب) من قانون التنظيم القضائي رقم(160) لسنة 1979 المعدل.

[2] المادة(215) من قانون المرافعات المدنية العراقي وتقابها المادة(202) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني، مع ملاحظة ان المشرع المصري قد منع محكمة الموضوع من الاصرار على حكمها، اذ جاء في الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري بأن اعطاء هذا الحق(حق الاصرار) يؤدي الى تأخير الفصل في القضايا تأخيراً يزيد على الحد المعقول، لذلك اوجب على المحكمة التي تحال اليها الدعوى ان تتبع قرار محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها، راجع الفقرة الثانية من المادة (269) من القانون المذكور.

[3] تنص المادة (125) من قانون الاثبات رقم (107) لسنة 1979 المعدل على انه: (للمحكمة من تلقاء نفسها او بناءاً على طلب احد الخصوم ان تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه او تنتدب لذلك احد قضاتها لمعاينته اواحضاره لديها في جلسة تعينها لذلك، متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة).

[4] المادة (131) من قانون الاثبات العراقي.

الاستعانة بخبير[1]. وهذا ماذهبت اليه محكمة التمييز في قرار لها وهذا نصه[2]: (وجد أن الحكم غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان المحكمة لم تتبع قرار النقض التمييزي المرقم 78/موسعة مدنية/2008 في 2008/8/28، وانما قررت الانتقال الى مديرية التسجيل العقاري لغرض معاينة السجلات الدائمية المتعلقة بالعقار موضوع الدعوى والتصرفات الجارية واستنتجت المحكمة من ذلك ان هناك تلاعب في السجلات، رغم ان وجود هذا التلاعب من عدمه هو من مهمة الخبراء والمختصين في ذلك وليس من مهمة المحكمة لانها مسألة فنية وليست قانونية، عليه ولما تقدم تقرر نقض الحكم المميز وأعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع مارسمه قرار النقض التمييزي المشار اليه، وصدر القرار بالاتفاق).

لذلك فإنه لكي نكون امام حالة الاصرار ينبغي توفر الشروط الاتية:

اولاً: ان يكون بين الحكم الاول الذي نقضته محكمة التمييز والحكم الثاني الذي اصدرته محكمة الموضوع بعد النقض اتحاد في السبب والخصوم[3].

ان المقصود بالسبب: هو مجموع الوقائع التي ادت الى قيام حالة النزاع، والتي استند اليها المدعي في طلباته، فالسبب في الدعوى قد يكون عقداً، او ارادة منفردة، او فعلاً غير مشروع، او اثراء بلا سبب، او نصاً في القانون[4]، فإذا رفع الخصم دعوى يطالب فيها بملكيته لعين على اساس انه تملكها بالشراء، ورفضت دعواه، فإن، هذا الخصم يستطيع اقامة دعوى جديدة مطالباً بملكيه العين على اساس انه تملكها بالتقادم لاختلاف السبب في كلا الدعويين.

---

[1] تنص المادة(130) من قانون الاثبات على انه: (للمحكمة تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة ولها كذلك سماع من ترى لزوماً للإستيضاح منه عن الواقعة محل المعاينة).

[2] قرار رقم 282 – 283 / موسعة مدنية/ 2009 في 2010/8/24، القرار منشور في النشرة القضائية، السنة الرابعة، العدد الاول، كانون الثاني، شباط 2011، تصدر عن مجلس القضاء الاعلى، ص95.

[3] عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية،ج4، مرجع سبق ذكره، ص116.

[4] استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات العراقي، مصدر سابق، ص210.

اما المقصود بإتحاد الخصوم، فهو اتحاد اطراف الدعوى وعدم تغير صفاتهم، وان هذا الشرط اساسه نسبية اثر الاحكام من حيث الاشخاص، فالخصوم في الحكم هم وحدهم الذين يسري الحكم في مواجهتهم، سواء اقاموا الدعوى بصفتهم الشخصية او بوصفهم وكلاء عن الغير، فإذا تغيرت صفاتهم امكن تجديد النزاع[1].

عليه ومما تقدم فأذا اختلف السبب او الخصوم في الحكم الثاني عنه في الحكم الاول، فلا نكون امام حالة الاصرار.

ثانياً: ان يكون الحكم الثاني مخالفاً لرأي محكمة التمييز الذي بني عليه، فإذا كان الحكم الثاني قد بني على اسباب جديدة غير الاسباب التي بني عليها الحكم الاول الذي نقضته محكمة التمييز،فلا يعد هذا اصراراً[2].

والمقصود بأسباب الحكم هي ايراد الادلة الواقعية والقانونية التي استندت اليها المحكمة في اصدار الحكم، (ويراد بالاسباب الواقعية للحكم، هي بيان الوقائع والادلة التي يستند اليها الحكم، اما الاسباب القانونية فيراد بها بيان النصوص القانونية التي يصدر الحكم تطبيقاً لها)[3].

وقد نصت المادة (159) من قانون المرافعات المدنيـــة العراقي على انه: (1- يجب ان تكون الاحكام مشتملة على الاسباب التي بنيت عليها وان تستند الى احد اسباب الحكم المبينة في القانون،2- على المحكمة ان تذكر في حكمها الاوجه التي حملتها على قبول أو رد الادعاءات والدفوع التي اوردها الخصوم والمواد القانونية التي استندت اليها)[4].

---

[1] د. انور سلطان، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية في القانونين المصري واللبناني، بيـــروت، 1986، ص165.

[2] صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري،بغداد،2011، ص349.

[3] للمزيد من التفصيل،انظر د. احمد ابو الوفا، نظرية الاحكام في قانون المرافعات، منشـــأة المعـــارف، الاسكندرية، 1989، ط9، ص167. انظر كذلك:

Vincent،procedure civil،op.cit،p.245

[4] تقابلها المادة(176) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمادة(160) من قانون اصـــول المحاكمات المدنية الاردني.

وعليه فان من القواعد المقررة في تسبيب الاحكام، ان اسباب الحكم يجب ان تذكر في ورقة الحكم ذاتها، فلا يجوز ان يستند الحكم الى اسباب ذكرت في احكام اخرى،ويجب ان تكون الاسباب كافية وواضحة ومحددة،ولايصح استنادالحكم الى عبارات عامة،فلايسوغ للمحكمة ان تسند حكمها الى مجرد تعدادها للأدلة والاسانيد التي قدمت اليها[1]، لذلك فأنه ينبغي على المحكمة وعند اصدارها الحكم ان تبين ماهية الاسباب التي حملتها على ذلك وتناقش دفوع المدعى عليه وترد عليه بالقدر الكافي.

لذلك فإن الحكم الصادر بعد النقض ان كان عن اصرارالمحكمة على حكمها السابق المنقوض، فإنه لايمكن عده اصراراً اذا بني على اسباب جديدة وحجج اخرى كانت تختلف في فحواها وجوهرها عن اسباب الحكم السابق، وهذا ماذهبت اليه محكمة التمييز في قرار لها وهذا نصه[2]: (ان الذي تراه الهيئة العامة ان حيثيات حكم محكمة البداءة المميز الصادر عن اصرار منها على حكمها السابق المنقوض بالقرار التمييزي المشار اليه، تختلف في فحواها وجوهرها عن حكمها السابق المنقوض فكان الاجدر بها وقد تراوى لها ان الدعوى واجبة الرد من ناحية اخرى وهي كون المدعى عليها غير مسؤولة عما وقع من اضرار على البضاعة المستوردة في فترة نقلها براً من قبل المدعي من بيروت الى بغداد وان تردها لهذا السبب لا ان تصر على حكمها المنقوض الذي اسسته على عدم توجه الخصومة بسبب ان الدعوى اقيمت على الوكيل الذي لايعتبر مسؤولاً حسب زعمها وهو سبب غير السبب الذي اوردته في حكمها المميز الذي جاءت حيثياته تخالف ماجاء في

(1) سعدون ناجي القشطيني، شرح احكام المرافعات، مصدر سابق، ص317، وللمزيد حول تسبيب الاحكام انظر، يوسف محمد المصاروة، تسبيب الاحكام وفقاً لقانون اصول المحاكمات المدنية الدار العلمية، عمان، 2002، ص35 ومابعدها.

(2) قرار رقم 468 /حقوقية/968 في1968/12/14 اشار الى القرار، عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج4، مصدر سابق، ص143.

اقوال وكيل المدعي وانه كان على المحكمة ان تطلب من وكيل المدعي تحديد صفة المدعى عليها لكي تتوضح العلاقة التي تربط بين طرفي الدعوى ومن ثم تصدر عن اصرار على حكمها السابق المنقوض دون الالتفات الى ماتقدم مما اخل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه واعادة اوراق الدعوى ألى محكمتها للسير فيها وفق المنوال المتقدم).

ثالثاً: ان تصدر المحكمة فقرة حكمية في الدعوى

لكي نكون امام حالة اصرار يجب على محكمة الموضوع ان تصدر فقرة حكمية في الدعوى، ولاتكتفي بإصدار حكم يتضمن الاصرار على حكمها السابق، ودون ان تفتح باب المرافعة ودعوة الخصوم وسماع اقوالهم ومن ثم اصدار حكم جديد في الدعوى سواء كان بالالتزام بقرار النقض ام بالإصرار، وهذا ماذهبت اليه محكمة التمييز في قرار لها وهذا نصه[1]: (ولدى النظر في الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان محكمة الموضوع اصدرت حكمها المميز القاضي (الاصرار على قرارها السابق) ودون ان تصدر فقرة حكمية في الدعوى ولما كان القرار السابق قد نقض بالقرار التمييزي رقم 1109/1108 مدنية ثالثة/2007 في 2007/8/30 وبذلك اصبح الحكم المنقوض كأن لم يكن ممايتوجب على المحكمة اصدار حكم جديد في الدعوى لكي يكون قابلاً للتنفيذ وحيث ان الحكم المميز قد صدر بخلاف ماتقدم فيكون مخالفاً للقانون لذا قرر نقضه واعادة الدعوى الى محكمتها لاجراء المرافعة مجدداً وإصدار الحكم السليم في الدعوى).

---

(1) رقم 85/ موسعة/ مدنية/2008 في 2008/9/24، نقلا عن سلمان عبيد عبد الله، المختار من قضـــاء ومحكمة التمييز الاتحادية"، القسم المدني، ج1، بغداد، 2009، ص92.

الفرع الثاني

الحالات التي لايجوز فيها لمحكمة الموضوع

الاصرار على حكمها المنقوض

سبق وأن بينا ان المشرع العراقي وفي قانون المرافعات المدنيةُ اجاز لمحكمة الموضوع الاصرار على حكمها المنقوض، والسبب في ذلك انه يجب ان تتمتع محكمة الموضوع بحرية واستقلال في الحكم، وليس عليها اتباع قرار محكمة التمييز في المسألة القانونية التي قررتها، بل لها ان تصر على رأيها الاول عندئذٍ، الا ان المشرع العراقي وإن كان قد اجاز لمحكمة الاستئناف والبداءة الاصرار على حكمها المنقوض، فإنه لم يجز لها الاصرار في الحالات التالية وذلك مراعاة منه لإعتبارات عديدة نتناولها عند ذكر هذه الحالات:

1- اذا كان الحكم المميز صادراً من محكمة البداءة ويخص احدى الدعاوى المنصوص عليها في المادة (31) من قانون المرافعات، او من محكمة الاحوال الشخصية[1] فيكون قرار المحكمة المختصة بنظر الطعن واجب الاتباع مطلقاً، سواء من ناحية الاجراءات الاصولية او المسائل القانونية، ذلك ان هاتين المحكمتين تكون اجراءات التقاضي فيهما بسيطة ومواعيدها قصيرة وأن اعطاءها الحَق في الاصرار يؤدي الى اطالة امد النزاع في امور لايستلزم فيها الامر هذا التأخير، فضلاً عن ضآلة الحق الذي تنظره مثل هذه المحاكم[2].

2- اذا قررت محكمة التمييز نقض الحكم الاستئنافي اوالبدائي من ناحية الاجراءات الاصولية، كوجوب اجراء الكشف او القيام بتحقيق مادي او غير

---

[1] تنص الفقرة الاولى من المادة(215) من قانون المرافعات على انه: (إذا كان الحكم المميز صادراً من محكمة احوال شخصية او بداءة يكون قرار المحكمة المختصة بنظر الطعن واجب الاتباع مطلقاً).

[2] صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص348.

ذلك من الاجراءات الاصولية، في هذه الحالة لايجوز لمحكمة الاستئناف او محكمة البداءة الاصرار على حكمها المنقوض في مسائل الاجراءات هذه لان قرار محكمة التمييز يكون واجب الاتباع[1]، ذلك ان الاخطاء في الاجراءات الاصولية قد لاتكون محلاً للأجتهاد مثلما يكون ذلك في القواعد الموضوعية، وزيادة على ذلك ان الاصرار عليها قد يؤدي الى اطالة امد النزاع في هذه الحالة، لذلك يجب على محكمة الاستئناف او البداءة اصلاح الخطأ الذي وقعت فيه[2]. وهذا ماذهبت اليه محكمة التمييز في قرارها المتضمن[3]: (وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى النظر في الحكم الاستئنافي المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك لان محكمة الاستئناف قضت بحكمها المميز بتأييد الحكم البدائي المستأنف والمتضمن تصديق قرار هيئة التحكيم والقاضي بفسخ عقد المقاولة بين الطرفين وان المحكمة اصدرت حكمها بالتأييد للحكم البدائي بجلسة واحدة ولم تدقق بالشكل المطلوب قرار المحكمين وفيما اذ كان متفق واحكام القانون من عدمه، وحيث ان محكمة الاستئناف حسمت الدعوى بجلسة واحدة ولم تجر تحقيقاته المطلوبة مما اخل بصحة حكمه المميز لذا قرر نقضه واعادة الدعوى اليها للفصل فيها من قبلها عملاً بأحكام المادتين(273،274) من قانون المرافعات المدنية وصدر القرار بالاتفاق).

3- اذا كان القرار التمييزي صادراً من الهيئة الموسعة في محكمة التمييز التي حلت محل الهيئة العامة في نظر الطعون التمييزية الصادرة عن اصرار، او

(1) الفقرة الثالثة من المادة(215) من قانون المرافعات المدنية.

(2) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج4، مصدر سابق، ص118.

(3) قرار رقم 304/هيئة عامة/2003 في 2009/3/25، نقلا عن سلمان عبيد عبد الله، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، ج1، مصدر سابق، ص141.

من الهيئة العامة اذا كانت الدعوى قد احيلت عليها بقرار من رئيس المحكمة فيكون واجب الاتباع في جميع الاحوال ولايجوز لجميع المحاكم الاصرار على حكمها المنقوض الصادر من الهيئتين اعلاه، لان القرار الصادر فيها يكون على الدوام ملزماً وواجب الاتباع، لاسيما وان الهيئة الموسعة والهيئة العامة هما اعلى هيئة قضائية في البلاد ويكون قرارهما عنوان الحقيقة والاقرب الى السداد، فلا يقبل المساس به واضعاف الثقة فيه عن طريق السماح للمحاكم الدنيا بمخالفته او الاصرار على رأي اخر مهما كانت الاسباب والعلل[1]. وهذا ماذهبت اليه محكمة التمييز في قرارها رقم 327/هيئة عامة /975 في 1976/3/14 وهذا نصه[2]: (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة لمحكمة التمييز وجد ان هذه الهيئة سبق لها ان اصدرت قرارها وقضت فيه قبول تصحيح القرار الصادر عن الهيئة الخاصة لمحكمة التمييز جزئياً وقررت نقض الفَقرة الحكمية المميزة بشأن تصديق الحجز الاحتياطي الواقع على الدار تسلسل 1167/40 للأسباب المبينة فيه وطلبت من محكمة البداءة اصدار القرار برفع الحجز عن الدار المذكورة ولما كان قرار النقض هذا واجب الاتباع بحكم الفقرة(2) من المادة(215) من قانون المرافعات المدنية فإن محكمة البداءة اتبعته واصدرت حكمها المميز وقضت فيه رفع الحجز الاحتياطي عن الدار تسلسل1967/4 صاري كهية فجاء حكمها هذا موافقاً للقانون وبذلك تصبح الاعتراضات التمييزية التي انصبت على هذه الفقرة الحكمية غير واردة فقرر ردها وتصديق الحكم وصدر القرار بالاتفاق).

4- إذا كان القرار صادراً قبل الفصل في الدعوى، حيث اوجب المشرع على المحاكم كافة اتباع القرارالتمييزي الصادر في الطعون بالقرارات الصادرة

---

[1] الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية.

[2] مجموعة الاحكام العدلية، العدد الربع، السنةالسابعة، تصدر عن وزارة العدل، 1976، ص182.

قبل الفصل في الدعوى، التي اجاز المشرع بالمادة(216) من قانون المرافعات المدنية الطعن فيها كالقرارات الصادرة من القضاء المستعجل والقضاء الولائي، فأن القرار الصادر نتيجة الطعن من المحاكم التي اصدرته يكون واجب الاتباع[1]، والسبب في ذلك ان المشرع لم يشأ ان تبقى القضية معلقة وهي تتسم بطابع الاستعجال، فضلاً على ذلك انه في حالة وجود خطأ يمكن الطعن فيه مع الحكم الحاسم للدعوى[2].

وبعد ان انهينا هذا الموضوع نرى انه بقيت كلمة نقولها بهذا الصدد (أي فيما يتعلق بحق الاصرار)، فعلى الرغم مما قيلت من مبررات وجيهة حول ضرورة السماح لمحكمة الموضوع بالاصرار على حكمها المنقوض، فإننا نرى انه يجب التضييق على هذا الحق وإقتصاره على محكمة الاستئناف فقط دون محكمة البداءة، وذلك للأسباب الاتية:

1- ان محكمة الاستئناف مشكلة من ثلاثة قضاة ويتمتعون بصفات متقاربة لاعضاء الهيئة الخاصة في محكمة التمييز من ناحية العمر والخدمة والخبرة والصنف القضائي، لذلك فإن السماح لها بالاصرار على حكمها المنقوض هو أمر مقبول جداً.
2- ان محكمة البداءة تتشكل من قاضي واحد، وقد يكون من الصنف الرابع، أي في بداية حياته المهنية، ولايتمتع بالخبرة اللازمة، لذلك من غير المقبول اعطائه حق الاصرار على حكمه المنقوض من قبل الهيئة الخاصة في محكمة التمييز والذي كما بينا مشكلة من ثلاث قضاة من الصنف الاول، ولهم خبرة تزيد على العشرين عاماً، لان ذلك سيؤدي الى اضعاف الثقة بقرار محكمة التمييز، وكذلك قد يغري القاضي بالاصرار على حكمه دون ان يؤسس هذا الاصرار على اسباب موضوعية.

---

[1] الفقرة الثانية من المادة(216) من قانون المرافعات المدنية.

[2] مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص304.

ونورد قراراً لمحكمة التمييز وفيها يطلب احد الخصوم رد القاضي بحجة انه كان قد ابدى رأياً في الدعوى قبل الاوان، حيث عندما علم القاضي بنقض الحكم الصادر في الدعوى المشار اليها صرح بقوله (انه سيصر على حكمه) وهذا نص القرار[1]: (وجد ان طلب رد القاضي مؤسس على احكام المادة3/93 مرافعات بحجة انه كان قد ابدى رأياً في الدعوى قبل الاوان عندما علم بنقض الحكم الصادر في الدعوى المشار اليها بقوله انه سيصر على حكمه، فكان على وكيل المدعى عليها والحالة هذه ان يطلب رد القاضي قبل النظر في الدعوى بعد النقض لا ان يستمر في الحضور فيها حتى ختام المرافعة، اذا لايحق بعد ذلك وبعد فتح المرافعة في الدعوى ان يطلب رد القاضي الا اذا استجدت اسباب جديدة وذلك عملاً بأحكام المادة(95) من قانون المرفعات المدنية وعليه قرر رد الطلب وصدر القرار بالاتفاق).

ومهما يكن من أمر ونتيجة القرار اعلاه فإن الحالة واردة جداً، لذلك نقترح تعديل الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (215) من قانون المرافعات المدنية وجعلها كالاتي:

المادة (215):

1- اذا كان الحكم المميز صادراً من محكمة الاستئناف يقتصر في اتباع قرار النقض على ماتضمنه من اجراءات اصولية فقط الا اذا كان القرار صادراً من الهيئة العامة او الموسعة فإنه يكون واجب الاتباع في جميع الاحوال.
2- اذا اصرت محكمة الاستئناف على حكمها بعد اعادة الدعوى اليها وخالفت في ذلك قرار الهيئة الخاصة لمحكمة التمييز وجب نظر الطعن الثاني امام الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز.

---

(1) قرار محكمة التمييز 1196/هيئة عامة/في 1975/8/25، مجموعة الاحكام العدلية، العـدد الثالـث، السنة السادسة، تصدر عن وزارة العدل العراقية، 1975، ص151.

الفصل الثاني

حالات الدور التفسيري لمحكمة التمييز الاتحادية

المبحث الأول: وجود النص القانوني وتأثيره على الدور التفسيري

المبحث الثاني: عدم وجود النص القانوني وتأثيره على الدور التفسيري.

الفصل الثاني

حالات الدور التفسيري لمحكمة التمييز الاتحادية

ان القاضي المدني وهو في سبيله للفصل في المنازعة المعروضة امامه، يلتزم بأن يقوم بتطبيق القانون، والمتمثل هنا في النص القانوني الذي يوضح له الحل الواجب عليه اتباعه في تلك المنازعة، الا ان القاضي هنا لايكتفي بمجرد تطبيق القانون بشكل الي محض، ولكنه يتمتع في هذا بنصيب من الحرية في تفسير النصوص التشريعية، وتحديد مدى انطباق تلك النصوص على النزاع المعروض امامه في ساحة القضاء، وذلك لان القاعدة القانونية بعموميتها وتجريدها وصياغتها ليست دائماً بذلك الوضوح الذي يُمكن القاضي من تطبيقها على الوقائع المعروضة لحسم النزاع وتحقيق العدالة، والقاضي لايستطيع ان يرفض النظر فيما هو معروض عليه بحجة غموض النص او عدم كفاية القانون (عدم وجود النص) والا عد منكراً للعدالة فهناك دائماً قانون قابل للتطبيق[1]، وهذا يتطلب في الغالب تحديد معنى ومحمل النص الواجب التطبيق على الوقائع والتصرفات المعروضة على القاضي، فالقاضي ملزم بتفسير القانون وفي ذلك يعتمد على فهمه الشخصي للقانون ولا يقيده في ذلك قضاء سابق وانما يكون هذا الفهم خاضع لرقابة محكمة التمييز. على انه لايمكن الحديث عن دور تفسيري للقاضي بمعزل عن الدور الذي تقوم به محكمة التميز من خلال اقرارها لمبادئ الاحكام المعروضة عليها او انشائها لمبدأ قانوني جديد، والواقع ان احكام محكمة التمييز ذات قيمة عملية كبيرة لانها الملاذ النهائي لإحترام القانون وهي التي تشرف على صحة التفسير الذي تقوم به المحاكم على اختلاف درجاتها وبهذه الرقابة التي تمارسها محكمة التمييز تكون ضوابط التفسير اقرب الى التوحيد والاستقرار، ويصبح التفسير نفسه مقيداً لايترك للأهواء،

---

[1] د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر، عمان، 2009، ص255.

وانما يتميز بحقائق وضعية لاسبيل الى التغاضي عن وجودها[1] ‘يتبين مما تقدم ان مفهوم تفسير القاعدة القانونية ينصرف الى امرين[2]:

الاول: ازالة الغموض والخلاف في حكم القواعد القانونية.

الثاني: سد الفراغ في القواعد القانونية لمواجهة الفروض والوقائع التي لم تعالجها هذه القواعد.

وعليه فإننا سنقسم هذا الفصل الى المبحثين الاتيين:

المبحث الاول: وجود النص القانوني وتأثيره على الدور التفسيري.

المبحث الثاني: عدم وجود النص القانوني وتأثيره على الدور التفسيري.

---

(1) حسين الظريفي، مدى حرية القاضي ازاء القانون، بحث منشور في مجلة القضاء، العددان الثاني، الثالث، السنة الحادية عشرة تصدر عن نقابة المحاميين العراقيين، 1953، ص9.

(2) د. عصمت عبد المجيد، اصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص12.

المبحث الاول

وجود النص القانوني وتأثيره على الدور التفسيري

ان العمل الرئيسي الذي يقوم به القاضي، هو تطبيق القاعدة القانونية على الواقعة وهذه القاعدة ليست صريحة وقطعية في الدلالة على الحكم دائماً، مما يتعين على القاضي تحديد معانٍ للقاعدة واختيار المعنى الملائم للإنطباق على الواقعة، ذلك لان نصوص القانون تتكون من عبارات مكتوبة يقصد بها التعبير عن الارادة التشريعية وقد يكون في هذه العبارات غموض او نقص او تعارض، لذلك فإن القاضي يفسر هذا النص بدلاً من الوقوف عند المعنى الحرفي له[1].

وقد نصت الفقرة(1) من المادة(1) من القانون المدني العراقي على انه:[2] (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او فحواها)، ومعنى ذلك ان القضاة كما يأخذون الاحكام من الفاظ النصوص وعباراتها، فإن عليهم استنباط الاحكام عن طريق النظر في فحوى هذه النصوص ومفاهيمها[3].

لذلك فأننا سنتطرق في هذا المبحث الى دور المحكمة في تفسير النص القانوني الواضح ومدى تعارض ذلك مع نص المادة الثانية من القانون المدني العراقي التي تنص على انه :(لامساغ للإجتهاد في مورد النص) وكذلك نتناول دور

---

(1) د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، مطبعة الجامعة، بغداد، 1972، ص4600. انظر كذلك:

Rupert Cross‹statutory interpretation‹Butterworths‹London‹1981‹p.52.

(2) تقابلها الفقرة (1) من المادة(1) من القانون المدني المصري والفقرة (1) من المادة (2) من القانون المدني الاردني مع ملاحظة ان القانونين المدنين العراقي والمصري لم يشيرا الى كيفية فهم النص وتفسيره بخلاف القانون المدني الاردني حيث نص في المادة(3) منه على انه: (يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله الى قواعد اصول الفقه الاسلامي).

(3) د. مصطفى الزلمي،اصول الفقه في نسيجه الجديد، ج2، مصدر سابق، ص297.

المحكمة في تفسير النص القانوني غير الواضح لذا فإننا سنقسم هذا المبحث الى المطلبين الاتيين:

المطلب الاول: تفسير النص القانوني الواضح.

المطلب الثاني: تفسير النص القانوني الغامض.

المطلب الاول

تفسير النص القانوني الواضح

ان الفقه انقسم بصدد تفسير القاعدة القانونية الى اتجاهين، اذ يذهب الاتجاه الاول الى ان التفسير يقتصر على النصوص الغامضة[1]، في حين يذهب الاتجاه الثاني الى ان التفسير لايقتصر على النصوص الغامضة، فهو يشمل النصوص القانونية الواضحة والغامضة[2]. ويبدو لنا ترجيح الاخذ بالاتجاه الثاني، وهو ان التفسير يرد حتى في حالة النص الواضح، وذلك لانه لايمكن معرفة ما اذا كان النص واضحاً او غامضاً دون تفسير، فالتفسير عملية سابقة على الحكم على النص بالوضوح اوالغموض، بعبارة اخرى ان الوضوح او الغموض نتيجة من نتائج التفسير[3].

لذا فإن كون النص غامضاً او واضحاً يختلف من شخص الى اخر، فهو امر نسبي فما يعد غامضاً بالنسبة لشخص، قد يعد واضحاً لشخص اخر، فمدارك الناس وذكاؤهم وامكانياتهم وقدراتهم العقلية مختلفة، ومن هنا نشأت ضرورة التفسير حتى

---

[1] د. عبد المجيد عباس، اصول القانون، مصدر سابق، ص340، القاضي د. حسن حرب اللصاصمة، المدخل الى العلوم القانونية، دار الخليج،عمان، 2003، ط1، ص97، استاذنا د. غالب علي الداوودي، شرح قانون العقوبات العراقي، القسم العام، البصرة،1968، ص36.

[2] د. عصمت عبد المجيد، اصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص10، كاظم عبد الله حسين الشمري، تفسير النصوص الجزائية، مصدر سابق ، ص67، د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق، ص465.

[3] كاظم عبد الله حسين الشمري، تفسير النصوص الجزائية، مصدر سابق، ص69.

بالنسبة للنصوص القانونية الواضحة، لانه حتى في صدد هذا النص يجب عدم الوقوف عند المعنى اللغوي للألفاظ، انما يلزم البحث عن معناها العميق وعن حقيقة مداها[1].

فالنصوص القانونية لاتطبق تطبيقاً الياً، وانما يتم تطبيقها بعد تفسيرها، فالتفسير عملية لازمة حتماً، وليس تطبيق النصوص القانونية الا ثمرة لتفسيرها[2].

الا ان السؤال الذي يفرض نفسه في هذا المجال، هو هل ان تفسير النص القانوني الواضح يتعارض مع القاعدة المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون المدني العراقي:(لامساغ للإجتهاد في مورد النص)[3].

للإجابة عن هذا السؤال سوف نتطرق اولاً الى كيفية تفسير النص القانوني الواضح في ضوء الفقرة الاولى من المادة الاولى من القانون المدني العراقي ومن ثم نتناول تفسير النص القانوني الواضح ومدى تعارضه مع القاعدة المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون المدني العراقي لذلك فإننا سنوزع هذا المطلب على الفرعيين الاتيين:

الفرع الاول: كيفية تفسير النص القانوني الواضح.

الفرع الثاني: تفسير النص القانوني الواضح وقاعدة لامساغ للإجتهاد في مورد النص.

---

(1) د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق، ص467.

(2) د. عصمت عبد المجيد اصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص11.

(3) يقابلها الفقرة(1) من المادة(2) من القانون المدني الاردني، مع ملاحظة عدم وجود مايقابها في القانون المدني المصري.

الفرع الاول

كيفية تفسير النص القانوني الواضح

النص الواضح هو مادل على المراد منه بذات صيغته من غير توقف على نص خارجي[1]. وقد نصت الفقرة (1) من المادة(1) من القانون المدني العراقي على انه:(تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او فحواها)[2]، وذلك يعني ان دلالة معنى النص الواضح قد تستبين من لفظ النص او فحواه.

اما لفظ النص فهو مفرداته وجملة، وهو مايفهم من المعاني التي تتبادر الى الذهن من الصيغة، واذا استعمل لفظ وكان له معنى لغوي واخر اصطلاحي، فالأصل ان المعنى الاصطلاحي هو المقصود، الا اذا كان النص يدل دلالة واضحة على ان المعنى اللغوي هو الذي اراده المشرع[3].

---

(1) عبد المنعم فرج الصدة، اصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت،بدون سنة طبع، ص290، وتجدر الاشارة الى ان علماء اصول الفقه الاسلامي قسموا النص الواضح الدلالة بحسب مراتب وضوحه الى اربعة اقسام: فالمحكم اوضح النصوص دلالة، ويليه المفسر، ثم النص، ثم الظاهر، ويتفق المحكم والمفسر في ان كلاً منهما يدل بذات صيغته على معناه من غير توقف على امر خارجي ولايقبل التأويل، ويختلفان في ان المحكم لايقبل النسخ في عهد رسول الله(ص) لان الحكم المستفاد منه هو حكم اساسي من قواعد الدين لايقبل التبديل كعبادة الله وحده والايمان برسله وكتبه، اما النص والظاهر فيتفقان في ان كلاً منهما يدل بذات صيغته على معناه من غير توقف على امر خارجي ويقبل التأويل، كما يقبل النسخ اذ كان من الاحكام الفرعية الجزئية، ولكنهما يختلفان في ان اللفظ في النص يدل على المعنى المقصود اصالة من السياق، اما اللفظ في الظاهر فأنه يدل على معنى لم يقصد اصالة من السياق. للمزيد راجع الاستاذ عبد الوهاب خلاف، اصول الفقه وتاريخ التشريع الاسلامي القاهرة، 1940، ص150، ومابعدها.

(2) تقابلها الفقرة(1) من المادة (1) من القانون المدني المصري والفقرة (1) من المادة(2) من القانون المدني الاردني وكذلك الفقرة (1) من المادة(1) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

(3) د. رياض القيسي، اصول القانون، بيت الحكمة، بغداد، 2002، ط1، ص324.

اما فحوى النص فيقصد به كل مايتناوله النص من غير طريق عبارته والفاظه، وانما بالنظر الى مضمون هذه النصوص ومفاهيمها[1] وينتقد البعض من الفقه صياغة هذه المادة كونها حصرت استنباط الاحكام على اللفظ والفحوى، لان مايؤخذ من لفظ النص هو المنطق الصريح وما يؤخذ من فحوى النص هو مفهوم الموافقة، وبذلك لايستطيع القاضي استنباط الاحكام من النصوص الا من احدى هاتين الوسيلتين، مع ان هناك وسائل اخرى غيرها بإمكان القاضي استباط الاحكام عن طريقها، لذا يقترح تعديل النص وجعله كالاتي: (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها او مفهومها) لان المنطوق يشمل الصريح (عبارة النص) والمنطوق غير الصريح ويشمل اشارة النص، ومقتضى النص، والمفهوم يشمل مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة[2].

ونتفق مع جانب من الفقه بضرورة تعديل النص، وان هذا الاقتراح جدير بأن يؤخذ به لانه يوسع من شمولية النص، ومن ثم تكون اكثر قدرة على ايجاد الحلول للمسائل المعروضة[3].

لذلك فإن النص الواضح يمكن استخلاص معناه وفهمه من خلال منطوقه ومفهومه وهذا ماسنوضحه في النقاط الاتية:

---

(1) د. عباس الصراف ود. جورج حزبون، المدخل الى علم القانون، دار الثقافة، عمان، 2003، ص63.

(2) د. مصطفى الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد ج2، العاتك للكتاب، المكتبة القانونية، القاهرة،2009، ص297.

(3) استاذنا د. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، جامعة السليمانية، 2004، ص15، وقد جاء رأيه في سياق شرحة لنص الفقرة(1)من المادة(1) من قانون الاحوال الشخصية العراقي لان الفقرة السابقة مطابقة لما جاء في الفقرة(1) من المادة(1) من القانون المدني العراقي.

اولاً: المنطوق الصريح

يعرف جانب من الفقه[1] المنطوق الصريح بأنه دلالة اللفظ على الحكم بطريق المطابقة او التضمن، اذ ان اللفظ قد وضع له، ويقصد بدلالة المطابقة، دلالة اللفظ على تمام معناه، كدلالة لفظ (العقد) على مجموع الايجاب والقبول، ويقصد بدلالة التضمن: ان يدل اللفظ على جزء من معناه ضمن مجموع المعنى، كدلالة لفظ العقد على الايجاب فقط او القبول فقط، ويطلق عليه المعنى الحرفي للنص أي المعنى المستفاد من مفردات الكلام وجمله[2].

ومن الامثلة على المنطوق الصريح ماورد في نص المادة السادسة من القانون المدني العراقي[3]: (الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمنماينشأ عن ذلك من الضرر)، فصاحب الحق لايكون مسؤولاً اذا استعمله استعمالاً مشروعاً، عما ينتج عن هذا الاستعمال من اضرار قد تصيب الغير، فالنص يدل على هذا الحكم وهو المقصود الاصلي من السياق.

ومنها ماجاء في المادة(71) من القانون المدني العراقي على انه: (1-تعتبر اموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة اوللأشخاص المعنوية العامة او التي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون[4].

2- وهذه الاموال لايجوز التصرف فيها او الحجز عليها او تملكها بالتقادم) فتدل الفقرة الاولى على معنى قصد من سياق الكلام وهو مايعتبره القانون من الاموال العامة، وكذلك تدل الفقرة الثانية على المعنى الذي قصد من سياق النص، وهو عدم جواز التصرف في تلك الاموال او حجزها او تملكها بالتقادم.

---

[1] الاستاذ عبد الوهاب خلاف، اصول الفقه وتاريخ التشريع الاسلامي، مصدر سابق، ص38.

[2] د. عصمت عبد المجيد، اصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص79.

[3] تقابلها المادة (4) من القانون المدني المصري والمادة(61) من القانون المدني الاردني.

[4] تقابلها المادة(87) من القانون المدني المصري والمادة(60) من القانون المدني الاردني.

والامثلة على المنطوق الصريح لاتحصى إذ ان كل نص قانوني انما ساقه المشرع لحكم خاص قصد تشريعه به وصاغ الفاظه بحيث تدل دلالة واضحة عليه[1]، لذلك نكتفي منها بما ذكر.

ثانياً: المنطوق غير الصريح

يعرف جانب من الفقه المنطوق غير الصريح بأنه[2]: دلالة اللفظ على الحكم بطريق الالتزام، اذ ان اللفظ مستلزم لذلك المعنى. وينضوي تحت المنطوق غير الصريح ثلاثة انواع من الدلالات هي دلالة الاشارة (اشارة النص) ودلالة الاقتضاء ودلالة الايماء[3]، وسنتناولها تباعاً:

1- اشارة النص: وتسمى دلالة الاشارة ويقصد بها دلالة اللفظ على المعنى الذي لايتبادر فهمه منه ولكنه معنى لازم للمعنى المتبادر الى الذهن، فهو مدلول اللفظ بطريق الالتزام ويحتاج ادراكه الى نوع من التأمل[4]، فإشارة النص اذن هي مدلول النص بطريق اللزوم، أي انه معنى لايستفاد من العبارة ذاتها، ولكنه نتيجة لازمة للمعنى المستفاد من العبارة، ومثال ذلك ماجاء في المادة العاشرة من القانون المدني العراقي على انه[5]: (لايعمل بالقانون الا من وقت صيرورته نافذاً فلا يسري على ماسبق من الوقائع الا اذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك او كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام او الآداب) فهي تدل بعبارتها على عدم سريان القانون الجديد على ماسبقه من وقائع، وتدل دلالة اشارة ان القاضي يجب ان يجتهد لتمييز مايدخل في النظام العام وماهو خارج عنه، وان هذا الفهم

---

(1) د. عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص217.

(2) الاستاذ عبد الوهاب خلاف، اصول الفقه وتاريخ التشريع الاسلامي، مصدر سابق، ص45.

(3) د. مصطفى الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد،ج2، مصدر سابق، ص396.

(4) المصدر السابق، ص397.

(5) مع ملاحظة عدم وجود مايقابل هذه المادة في القانونين المدنيين المصري والأردني.

لايتأتى من صيغة النص وسياقه، بل من كونه متلازماً مع الحكم الاصلي الخاص بسريان القانون على الوقائع الثابتة[1].

ومن ذلك ايضاً ماجاء في الفقرة الاولى من المادة(163) من القانون المدني العراقي ونصها (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)[2] فهي تدل بعبارتها على ان للعرف في تقييده العقد قوة الشرط الصحيح المقترن به، وتدل دلالة اشارة على ان المتعاقد الملزم بالوفاء بإلتزامه بمقتضى العرف اذا لم يقم بتنفيذه هذا الالتزام فيجوز للطرف الاخر ان يطلب فسخ العقد[3].

2- دلالة الاقتضاء، وهو تقرير زيادة في معنى نص القانون التي لم يدل عليها بألفاظه لاقتضابه[4]، فقد يترك المشرع كلمة او عبارة في نص قانوني تقتضي دلالته على المعنى المراد رعايتها وعدها جزءاً من هذا النص ورعايتها تكون بمثابة الشرط لتطبيق منطوق النص، والسبب في عدم ذكر هذه الكلمة او العبارة على الرغم من اهميتها يرجع إما الى وضوحه وامكان ادراكها بقليل من التأمل، او الى ابقاء النص على عمومه بالنسبة لهذا المحذوف حتى يكون امام القضاء مجال واسع لتقدير مايتناسب مع خصوصية كل قضية وظروفها[5].

ومن الامثلة على دلالة الاقتضاء ماجاء في المادة(736) من القانون المدني العراقي على انه[6]: (يصح ان تكون الاجرة نقوداً كما يصح ان تكون مال اخر)؛

---

[1] د. رياض القيسي، علم اصول القانون، مصدر سابق، ص319.

[2] تقابلها المادة (224) من القانون المدني الاردني مع ملاحظة عدم وجود مايقابلها في القانون المدني المصري.

[3] د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد،ج2، مصدر سابق، ص408.

[4] د. عباس الصراف ود. جورج حزبون، المدخل الى علم القانون، مصدر سابق، ص650.

[5] د. عصمت عبد المجيد بكر، اصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص81.

[6] تقابلها المادة(561) من القانون المدني المصري والمادة (1/664) من القانون المدني الاردني.

فلو فهم النص على اطلاقه وعلى مقدار الفاظه وصيغته، لاقتضى ذلك الحكم بجواز دفع بدل الايجار نقوداً او اعياناً او خدمات سواء اتفق الطرفان على نوع البدل اولم يتفقا، لكن مقتضى النص يدل على انه يصح ان يتفق المتعاقدان على ان يكون البدل نقوداً او اعياناً او خدمات، ومن ثم لايجوز ان تجعل الاجرة غير مايتفق عليه الطرفان المتعاقدان.

3- دلالة الايماء: يطلق الايماء على كل نص يقترن فيه الحكم بوصف تدل ظروف الحال على ان ذلك الوصف هو علة الحكم[1]، والمقصود بالعلة هنا هي الغاية المتوخاة من تشريع الحكم والموجبة لتشريعه، وان ادراك القاضي لعلل الاحكام الواردة في النصوص القانونية والذي ينوي تطبيقها على النزاع المعروض عليه له اهمية كبيرة، لما لذلك من اثر في تحقيق العدالة عند تطبيق الاحكام وفي توسيع مضامين النصوص[2].

ومن الامثلة على دلالة الايماء مانصت عليه المادة(105) من قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 (الاحكام التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق)[3]، فقد اقترن في هذا النص الحكم - وهو حجية الاحكام فيما فصلت-بوصف الاحكام التي حازت درجة البتات وبذلك يكون الوصف ايماء على ان علة حجية الاحكام تلك هي انها حازت درجة البتات[4].

---

(1) د. محمد شريف احمد،نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، بغداد، 1982، ص76.

(2) د. محمد شريف احمد، المصدر السابق، ص72.

(3) تقابلها المادة(101) من قانون الاثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 والمادة(41) من قانون الاثبات الاردني رقم (72) لسنة 1952 المعدل.

(4) د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، المصدر السابق، ص74.

ثالثاً: مفهوم النص القانوني

يقصد بمفهوم النص القانوني بأنه دلالة اللفظ على حكم شيء لم يذكرفي الكلام ومع ذلك يمكن الاستعانة بالنص نفسه لاستخراج حكم لهذا الشيء غير المذكور فيه[1]. او هو كل حكم لايؤخذ من منطوق النص وانما من مغزاه (علته) او من تخلف قيد وارد فيه معتبر في الحكم[2].

ويقسم مفهوم النص الى مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة وسنتطرق اليها تباعاً:

1- مفهوم الموافقة: يراد بالمفهوم الموافق التوسع في حكم النص بحيث ينسحب على ما تنطبق عليه علته الواضحة المفهومة لغوياً دون الحاجة الى الاجتهاد والرأي، وكل ما تنطبق عليه مثل هذه العلة يكون مقصوداً من النص، فإذا دلت عبارة النص على حكم واقعة وبنى ذلك الحكم على علة واضحة مفهومة في العبارة بمجرد فهم اللغة، ووجدت واقعة اخرى تتوافر فيها تلك العلة بصورة متساوية او بصورة اوضح وأولى وكانت تلك المساواة او الاولوية تتبادر الى الفهم دون حاجة الى الاجتهاد او القياس فإنه يفهم لغة ان ذلك النص يتناول الواقعتين، وان الحكم الثابت لمنطوقه يثبت لمفهومه الموافق له في العلة سواء كان مساوياً او اولى[3]، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية على انه[4]: (وجد انه صحيح وموافق للقانون لان مرور مدة طويلة على ابرام عقد ايجار الدار المشمولة بأحكام قانون الايجار رقم (87) لسنة 1979 وقيام المستأجر بدفع زيادة للمؤجر برضاه لايعتبر ذلك مخالفاً لاحكام المادة الرابعة من

(1) د. عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، مصدر سابق، ص216.

(2) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص396.

(3) د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مصدر سابق، ص74.

(4) رقم القرار 113 في 2007/12/17، اشار اليه المحامي علاء صبري التميمي المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، بغداد، 2009، ط2، ص184.

القانون المذكور طالما ان الزيادة الحاصلة في بدل الايجار لم تتجاوز النسبة الواردة بالمادة المذكورة، كما وان (مفهوم) الفقرة(5) من المادة الرابعة والتي اجازت تعديل بدل الايجار كل خمس سنوات بناءاً على طلب احد طرفي عقد الايجار يأتي ايضاً منسجماً مع (مفهوم) المادة المذكورة لان الزيادة جرت على فترات وضمن النسبة القانونية المسموح بها، لذا قرر تصديق الحكم المميز).

2- مفهوم المخالفة: يعرف بأنه اعطاء حالة غير منصوص عليها حكماً يكون عكس الحكم في حالة منصوص عليها لإختلاف العلة في الحالتين او لأن الحالة المنصوص عليها جزئية من جزيئات الحالة غير النصوص عليها[1].

ومن الامثلة على ذلك المادة(149) من القانون المدني العراقي التي تنص على انه[2]: (لايجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري ويفهم من المفهوم المخالف انه من الجائز الطعن بالصورية قبل التسجيل في دائرة التسجيل العقاري.

---

(1) الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق، ص27 وتجدر الاشارة الى ان فقهاء اصول الفقه الاسلامي قد عرفوا مفهوم المخالفة بأنه ثبوت حكم نقيض حكم المنطوق به (وهي الحالة المنصوص على حكمها) للمسكوت عنه (وهي الحالة التي يراد معرفة حكمها لعدم ورود نص بشأنها) لانتفاء قيد من القيود المعتبرة في الحكم، والقيود المعتبرة في الحكم هي الشرط والصفة والغاية والعدد،فأذا علق الحكم على شرط ولم يتحقق الشرط في المسكوت عنه ثبت له نقيض حكم المنطوق به وكذلك الشأن لو انتفى الوصف الذي اقترن به حكم المنطوق به في الحالة المسكوت عن حكمها اولم يتوافر فيها العدد الذي تقيد الحكم به او اذا تقيد الحكم بغاية فيثبت حكم بعدها نقيض ماثبت قلبها. للمزيد انظر د. مصطفى ابراهيم الزلمي اصول الفقه نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص416 ومابعدها.

(2) مع ملاحظة عدم وجود مايقابل هذه المادة في القانونين المدنيين المصري والاردني.

وقد جاء في قرار لمحكمة تمييز اقليم كردستان العراق على انه[1]: (ان الحكم الصادر في الدعوى الجزائية من محكمة الجنح والذي اكتسب درجة البتات اثبت كون السائق المستخدم لدى المدعى عليه (وزير الصحة والشؤون الاجتماعية اضافة لوظيفته) هو المقصر في الحادث لسرعته الشديدة وعدم انتباهه وإحداثه الأضرار بسيارة المدعي والمثبتة في محضر الكشف الجاري من قبل خبير شرطة الاليات وقت الحادث، حيث ان القاضي المدني يرتبط بالحكم الجزائي في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا عملا: (بفمهوم المخالفة) لحكم المادة (107) من قانون الاثبات واستنادا لحكم المادة (219) من القانون المدني يصبح من حق المدعي مطالبة المدعي عليه اضافة لوظيفته عن الاضرار التي لحقت بسيارته جراء الحادث).

الفرع الثاني
تفسير النص القانوني الواضح
وقاعدة لامساغ للاجتهاد في مورد النص

سبق وان بينا ان النصوص القانونية لاتطبق تطبيقاً الياً، وانما يتم تطبيقها بعد تفسيرها، فالتفسير عملية لازمة حتماً ويسبق كل تطبيق للنصوص القانونية، الا ان السؤال الذي يفرض نفسه في هذا المجال، هل ان تفسير النص القانوني الواضح يتعارض مع القاعدة المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون المدني العراقي على انه: (لامساغ للإجتهاد في مورد النص)[2]؟

وللإجابة عن هذا السؤال سوف نتطرق اولاً الى شروح الفقهاء في القانون الذين فسروا هذه المادة، ومن ثم على ضوء تلك الشروحات سنتناول المادة اعلاه.

---

[1] قرار رقم القرار 230 /الهيئة المدنية/2001 تاريخ القرار 2001/11/14 نقلا عن كيلاني سيد احمد، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان العراق، اربيل، 2006، ط1، ص137.

[2] مع ملاحظة عدم وجود مايقابل هذه المادة في القانون المدني المصري، اما في القانون المدني الاردني فيقابلها الفقرة (1) من المادة(2).

اولاً: تفسير الفقهاء لقاعدة (لامساغ للإجتهاد في مورد النص)

ان المادة(2) اعلاه من القانون المدني منقولة من المـادة(14) مـن مجلـة الاحكام العدلية ويرى جانب من الفقه في تفسيره لهذه المادة انه:(لايسوغ الاجتهـاد في قضية شرعية ورد النص بحكمها لان الاجتهاد انما يكون فيما لانص فيه) ثـم يضرب الامثلة لتوضيح مقصده فيقول: (ورد النص بأن البينـة علـى المـدعي واليمين على من انكر، فلا مساغ للأجتهاد بجعل اليمين على المدعي، وورد النص بأن للأم السدس اذا كان للمتوفى ولد او اخوة متعددون، فلا يجوز الاجتهاد بأعطاها اكثر من ذلك)[1].

اما جانب اخر من الفقه في سياق شرحهم للمادة السابقة يـرون: (ان كـل مسألة ورد فيها نص من الشارع لايجوز للمجتهدين ان يجتهدو فيهـا، لان جـواز الاجتهاد او القياس في الفروع من الاحكام مشروط بعدم وجود نص من الشـارع)، ثم يضرب الامثلة على ذلك منها انه لايجوز للمجتهد أن يجتهد في هـل ان البيـع حلال او حرام بعد ورود النص الصريح في ذلك في القران الكريم[2].

ويلاحظ ان الشروح السابقة قد اخذت بالمدلول اللغوي لهذه المادة والتي تنفي كل صور الاجتهاد في مورد النص، وهذا معناه ان لامجال لاي نوع مـن انـواع الاجتهاد، اياً كان الغرض منه في حالة وجود نص يحكم الواقعة المعروضة وكذلك فإن هذه المادة لم تقيد منع الاجتهاد بورود نوع معين من انواع النصـوص وانمـا

---

[1] منير القاضي، شرح المجلة، مطبعة العاني، بغداد، 1949، ط1، ص73.

[2] درر الحكام في شرح مجلة الاحكام ج1، تعريب المحامي فهمي الحسيني، منشورات مكتبة النهضـة، بيروت، بدون سنة طبع، ص29. وكذلك ورد في شرح المحامي محمد سعيد المحاسني للمادة السـابقة رأياً متفقاً من حيث المضمون مع الشروح السابقة للمزيد، راجع المحامي محمد سعيد المحاسني، شرح مجلة الاحاكم العدلية، ج1، مطبعة الترقي، دمشق 1927، ص45. أشار الى المرجعين السابقين عدنان ابراهيم الجميلي، الاجتهاد في مورد النص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهـرين، 2001، ص35.

جعل هذا المنع مطلقاً بحيث يكون قائماً في حالة ورود النص اياً كانت دلالته او درجة وضوحه[1].

ان اطلاق هذه القاعدة وعموميتها يحتاج الى تقييد وتخصيص من اجل ازالة سؤ الفهم الذي قد يؤدي اليه الاخذ بالمدلول اللغوي لهذه المادة. لذلك يذهب جانب من الفقه في شرح المادة اعلاه الى ضرورة عدم الاخذ بإطلاق المادة اعلاه، وان مضمون هذه المادة هو انه: (لايجوز للمجتهد ولا للقاضي ولا للمفتي ان يجتهد في قضية شرعية ورد النص بحكمها، لان الاجتهاد انما يكون فيما لانص فيه، وهذا ظاهر مايفهم من المادة لكن يجب ان لايؤخذ بهذا الاطلاق في فهم وتطبيق هذه المادة، وذلك لان النصوص من حيث دلالتها على الاحكام قسمان: نصوص دلالتها على الاحكام قطعية، فلا يجوز فيها مجال للأجتهاد، ونصوص دلالتها على الاحكام ظنية بأن يحتمل النص اكثر من معنى واحد او يدل على اكثر من حكم واحد فعندئذٍ يجب الاجتهاد للوصول الى المعنى المقصود من النص[2]).

ثانياً: حقيقة المقصود من القاعدة اعلاه

اشرنا في الفقرة اولاً ان جانبا من الفقه يرى ان الاجتهاد جائز في النصوص التي تكون دلالتها على الاحكام ظنية، وفيما يتعلق بالنصوص القانونية فإنها من حيث الثبوت قطعية وذلك لصدورها عن السلطة التشريعية في كل دولة، وورودها مكتوبة ومنشورة عن طريق وسائل النشر الرسمية، بحيث لايكون لدى المتعامل مع النص (قاضياً او محامياً او فقيهاً) أي شك في صدور هذا النص من السلطة التشريعة.

[1] عدنان ابراهيم الجميلي، الاجتهاد في مورد النص، مصدر سابق، ص37.

[2] د. مصطفى الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص430.

اما من حيث الدلالة[1] فيمكن تقسيم النصوص القانونية الى نصوص قطعية الدلالة وأخرى ظنية الدلالة، وذلك حسب دقة الالفاظ ومدى احتمالها لاكثر من معنى اوعدم احتمالها، ومن الامثلة على النصوص القانونية القطعية الدلالة، نص المادة(106) من القانون المدني والتي تنص على ان(سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة)، ونص الفقرة (2) من المادة(97) من القانون ذاته ونصها (وسن التمييز سبع سنوات كاملة)، اذ يدل هذان النصان على حكمين محددين بوضوح، ولذا فإن دلالتهما قطعية، بحيث لايحتاجان الى تفسير او توضيح، وهذا هو المقصود بما ورد في المادة الثانية من القانون المدني وقد ذهبت محكمة التمييزفي احدى قراراتها[2] الى مايؤيد هذه الاتجاه حيث قررت: (ان ذهاب محكمة البداءة الى رد دعوى المميز بخصوص تمليكه السهام المبيعة للمميز عليه الاول عن الارض المملوكة تسلسل 351 زوية بالشفعة قد جاء مخالفاً للقانون وذلك لان هذه الدعوى ماهي الا دعوى شفعة نظمتها وفصلت احكامها المواد 1128-1144 من القانون المدني ولما كانت المادة 1129 من القانون المذكورة قد بينت الحالات التي تثبت فيها الشفعة واعتبرت الاشتراك سبباً مطلقاً لثبوتها دون التفريق بين الملك الخاص والملك العام فلا مساغ للأجتهاد في مورد هذا النص خاصةً اذا رجعنا الى تعريف الشفعة في المادة 1128 من القانون المدني وهو(تملك المبيع جبراً على المشتري) وكلمة المبيع عامة وهذا الاطلاق يرد في الملك الخاص كما يرد في الملك العام بدون تخصيص فللأسباب المتقدمة قرر نقض الحكم المميز واعادة اوراق الدعوى لمحكمة بداءة بغداد). اما النصوص القانونية الظنية الدلالة، فمثالها مانصت عليه الفقرة(3) من المادة(112) من القانون المدني والتي تنص على انه: (والتهديد بأيقاع

---

(1) للمزيد من التفصيل حول دلالة النصوص وضوحاً وخفاءً انظر د. مصطفى ابراهيم الزلمي المصدر السابق ص432-445.

(2) قرار محكمة التمييز رقم 304 /هيئة مدنية اولى/1977 في 1977/9/3 منشور في مجموعة الاحكام العدالية، العددان الثالث والرابع السنة الثامنة، 1978، ص50.

ضرر بالوالدين او الزوج او ذي رحم محرم والتهديد بخطر يخدش الشرف يعتبر اكراهاً، ويكون ملجئاً او غير ملجئ بحسب الاحوال)[1].

ويلاحظ على هذا النص انه يعرض لصورتين من صور التهديد اولاها التهديد بإيقاع ضرر مادي وثانيها: التهديد (بخدش الشرف)، اما بالنسبة للتهديد المادي فلا جدال في ان النص السابق ذكر الاشخاص الذين اذا وقع التهديد عليهم كان اكراها يعيب العقد، وهؤلاء الاشخاص هم الوالدان والزوج وذو الرحم المحرم وهنا يثار تساؤل حول ما إذا كان تعداد هؤلاء الاشخاص قد جاء على سبيل الحصر، ام انه جاء على سبيل المثال، فإذا تم الاخذ بالرأي الاول فهذا يعني ان أي تهديد يقع على ابن الخال او بنت الخال او ابن العم اوبنت العم مثلاً، لايعد اكراهاً يعيب العقد مهما كانت درجة تأثيره على نفسية المتعاقد، وهذا بخلاف ما اذا اخذنا بالرأي الثاني وهو ان التعداد جاء على سبيل التمثيل لا الحصر، ثم ان المشرع استخدم بالنسبة للتهديد المعنوي تعبير (خطر يخدش الشرف) فكان على القضاء ان يجتهد ويفسر ماهية وصور هذا الخطر ومتى يكون خادشاً للشرف ومتى لايكون، ثم بيان الاشخاص الذين يكون تعرضهم لمثل هذا الخطر اكراهاً يعيب العقد[2].

وكذلك نص الفقرة(2) من المادة(56) من قانون المرافعات المدنية النافذ: (اذا لم يحضر المدعي وحضر المدعى عليه فله ان يطلب ابطال عريضة الدعوى او يطلب النظر في دفعه للدعوى غياباً وعندئذٍ تبت المحكمة في الدعوى بما تراه موافقاً للقانون)، ان نص المادة المذكورة انفاً تعالج حالة حضور المدعى عليه في اليوم المعين للمرافعة وتغيب المدعي عن الحضور مع انه مبلغ وفق القانون، فللمدعى عليه الحق، اما ان يطلب ابطال عريضة الدعوى، واما ان يطلب النظر في الدعوى بغياب المدعي.

---

[1] مع ملاحظة ان القانون المدني المصري لم يتطرق الى حالة الاكراه الملجيء وغير الملجئ في حين تناول القانون المدني الاردني الحالة اعلاه في المادة (137) منه.

[2] د. حسن علي الذنون، نظرات في تفسير النصوص، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا في كلية الحقوق، جامعة النهرين، 1995-1996، ص42.

ان النص اعلاه قد اشار الى غياب المدعي في اليوم المعين للمرافعة ولم تحدد المادة أي ساعة في اليوم ذلك وهذا يكون فيه مجال رحب للتفسير والاجتهاد من قبل المحكمة، حيث فسرت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية نص الفقرة(2) من المادة(56) من قانون المرافعات المدنية في أحد قرارتها بالآتي: (ولدى النظر في القرار المميز وجد انه غير صحيح ذلك لان الوقت المحدد للمرافعة هو الساعة التاسعة والنصف وان المحكمة ابطلت الدعوى في الساعة العاشرة والربع صباحاً، في حين كان على المحكمة ان تكلف الخصم بإنتظار خصمه ساعة على الاقل بعد الوقت المحدد)[1].

وبذلك فإن التفسير الممنوع في مورد النص، هو ماكان معارضاً لنص ثابت وواضح في المعنى الذي ورد فيه وضوحاً لايقبل التفسير وهو مايسمى في اصول الفقه (قطعي الدلالة) اما اذا كان النص ظني الدلالة فالتفسير جائز فيه[2].

المطلب الثاني

تفسير النص القانوني الغامض

ان المقصود بالنص القانوني الغامض (غير الواضح) هو ماكانت دلالته على المعنى المراد غير واضحة، أي لايدل على المراد منه بذات صيغته، بل يتوقف فهم هذا المراد على امر خارجي، أي امر خارج عن عبارته[3].

والغموض في النص القانوني يرجع لاعتبارات عدة، منها فنية او عملية او لاسباب تتعلق بطبيعة الافكار التي يتصل مضمونها بتقدير المجتمع ويختلف تحديدها بإختلاف الزمان والمكان، وقد ينجم الغموض عن عجز النصوص عن استيعاب التطورات الجديدة[4].

---

[1] قرار محكمة استئناف بغداد رقم 1388 /حقوقية/98 في 1998/9/10 منشور في النشرة القضائية، تصدر عن مجلس القضاء الاعلى، العدد الثالث عشر تموز، 2010، ص59.

[2] عدنان ابراهيم الجميلي، الاجتهاد في مورد النص، مصدر سابق، ص40.

[3] د. عبد المنعم فرج الصدة، اصول القانون، مصدر سابق، ص294.

[4] د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مصدر سابق، ص102.

لذلك سنحاول في هذا المطلب ان نتناول حالات الغموض في النص القانوني ومن ثم نبحث في كيفية تفسير النص القانوني الغامض. عليه سوف نقسم هذا المطلب الى الفروع الآتية:

الفرع الاول: حالات الغموض في النص القانوني

الفرع الثاني: كيفية تفسير النص القانوني الغامض

الفرع الاول

حالات الغموض في النص القانوني

ان سبب غموض النص القانوني له حالات وصور عدة سنتناولها على النحو الاتي[1]:

1- طبيعة الموضوع: ويكون في حالة تجنب المشرع معالجة ادق التفاصيل لما يتميز به الموضوع من الاتساع والدقة، كما في حالة تفاصيل مسائل الصرف ومعاملات المصارف والعقود التجارية[2]، فقد تبلغ من الاتساع والتعقيد، مما

---

[1] قسم فقهاء اصول الفقه الاسلامي النص الغامض بحسب سبب غموضه الى خفي ومشكل ومجمل ومتشابه، ويراد بالخفي هو اللفظ الذي يدل على معناه دلالة ظاهرة،ولكن في انطباق معناه على بعض الافراد نوع من الغموض والخفاء وتحتاج ازالته الى نظر وتأمل، ويراد بالمشكل هو اللفظ الذي لايدل بصيغته على المراد منه، بل لابد من عناصر خارجية تبين هذا المراد فالفارق بينه وبين الخفي ان الخفاء في الخفي ليس من ذات اللفظ، ولكن في الاشتباه في انطباق معناه على بعض الافراد اما الخفاء في المشكل فمن ذات اللفظ. والمجمل هو اللفظ الذي ينطوي في معناه على عدة احوال جمعت فيه ولايمكن معرفتها الا بمبين، فهو لايدل بصيغته على المراد منه، ولايقترن بأمارات توصل الى فهم هذا المراد، فمثل هذا اللفظ لاسبيل الى بيان المراد منه الا بتفسيره ويراد بالمتشابه اللفظ الذي لاتدل صيغته بذاتها على المراد منه ولاتوجد عناصر خارجية تبينه، انما استأثر الشارع بعلمه فلم يفسره، وتجدر الاشارة ان المتشابه لاوجود له في القوانين الوضعية، وذلك لان المشرع فيها يصوغ القوانين بلغة اهل عصره وبما يسهل الفهم والتطبيق على المخاطبين، للمزيد من التفصيل انظر د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998، ص352-360.

[2] د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الاول، جامعة بغداد، 1987، ص21.

يؤثر معه المشرع الى الاحالة الى العرف التجاري، وان الحكمة تستدعي من المشرع ان يقف لدى المسائل المهمة ويترك ماعداها الى اجتهاد القضاء اذا لم يكن العرف موجوداً[1].

وقد اشارت الفقرة الثانية من المادة (4) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 النافذ[2] الى سريان القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون او أي قانون خاص اخر وبالرجوع الى القانون المدني نرى انه يضم احكاماً تسمح على الرغم من سكوت احكام قانون التجارة بالرجوع الى العرف، فبمقتضى نص المادة(163) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ان[3]: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعين بالعرف كالتعين بالنص، 2- والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم، 3- والممتنع عادة كالممتنع حقيقة)، وتقضي المادة (174) من القانون نفسه بأنه[4]: (لايجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ولايجوز بأية حالة ان يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن اكثر من راس المال وذلك كله دون الاخلال بالقواعد والعادات التجارية).

2- الصياغة المعقدة للنص القانوني: ويأتي الغموض في هذه الحالة من اسلوب النص القانوني ذاته، عندما يصاغ بأسلوب معقد في اللفظ والتركيب بحيث يصعب تصور المقصود منه دون مراجعة لربط الجمل والكلمات فيها.

---

(1) حسن الخطيب، المسائل المتعلقة بالتفسير القضائي، بحث منشور في مجلة القضاء، السنة (26)، العدد الاول والثاني 1981، ص340، وسنتناول حالة عدم وجود النص في المبحث الثاني من هذا الفصل.

(2) تقابلها المادة(2) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 والمادة (2) من قانون التجارة الاردني رقم (12) لسنة 1966.

(3) تقابلها المواد(223-226) من القانون المدني الاردني، مع ملاحظة عدم وجود مايقابل هذه المادة في القانون المدني المصري.

(4) تقابلها المادة (232) من القانون المدني المصري، مع ملاحظة عدم وجود مايقابها في القانون المدني الاردني.

3- اضطراب صياغة النص: ويأتي الغموض في هذه الحالة من اضطراب واختلال صياغة النص التشريعي بحيث لاتدل صراحة على الاتجاه الذي قصده، كما في الفقرة الاولى من المادة(9) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 النافذ والتي تنص على انه: (ويعتبر عقد الزواج بالاكراه باطلاً اذا لم يتم الدخول).

حيث استعمل المشرع لفظ (باطل) لبيان صفة عقد المكره، مع اضافة عبارة (اذا لم يتم الدخول) لان لفظ (باطل) في التشريعات العراقية لايراد به الا البطلان المطلق فهو معدوم والمعدوم لايتحول الى موجود بالاجازة الضمنية التي تدل عليها عملية الدخول[1].

4- الزيادة او النقص او الايجاز في النص القانوني: وهذه حالة اخرى من حالات الغموض في النص ترجع الى ورود بعض الكلمات في النص القانوني زائدة ولافائدة لها، او وجود نقص في تركيب الجمل والعبارات، بحيث يؤدي الامر الى عدم فهم النص للغموض الذي يكتنفه، وقد يكون الغموض راجعاً الى ايجاز النص بحيث يصعب الوصول الى المقصود من النص[2].

فعلى سبيل المثال ان المادة (204)[3] من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ تنص على انه: (مدة الطعن بطريق التمييز ثلاثون يوماً بالنسبة لأحكام محاكم البداءة والاستئناف، وعشرة ايام بالنسبة لأحكام محاكم البداءة ومحاكم الاحوال

(1) د. مصطفى الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد ج2، مصدر سابق، ص457.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري ود. احمد حشمت أبوستيت، اصول القانون، مصدر سابق، ص165.

(3) تجدر الاشارة الى ان مدة الطعن بالتمييز في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري هي (60) يوماً، انظر المادة(252) منه القانون المذكور، اما مدة الطعن في قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني فهي(30) يوماً حسب نص المادة (91) منه.

الشخصية)، ويرى جانب من الفقه[1] (ان احدى المدتين بالنسبة للطعن بطريق التمييز في احكام محاكم البداءة زائدة لانها تارة حددت بثلاثين يوماً واخرى بعشرة ايام، وهذا مما يؤدي الى ارباك القضاء، فهل المعتمد الزمن الاول او الثاني)؟

إن المتمعن في هذه المادة يرى لأول وهلة ان احدى المدتين زائدة، ولكن بالرجوع الى نص المادة اعلاه قبل تعديلها والتي كانت تنص على مايأتي: (مدة الطعن بطريق التمييز ثلاثون يوماً، بالنسبة لأحكام محكمة البداءة والاستئناف وعشرة ايام بالنسبة لأحكام محاكم الصلح والمحاكم الشرعية) وبما ان محاكم الصلح والمحاكم الشرعية قد الغيت وحلت محلها محاكم البداءة ومحاكم الاحوال الشخصية[2]، وان المدة الثانية تخص احكام محاكم البداءة والتي حلت محل محاكم الصلح وهذه الاحكام تميز لدى محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية، لذا فإن النص بعد التعديل فيه نقص وايجاز ايضاً وليس زيادة كما يتراوى لاول وهلة مما سبب لها الغموض، ولكن بالرجوع الى المواد(31-35) من قانون المرافعات المدنية النافذ وكذلك التعديل الخامس لقانون المرافعات المدنية الصادر بالقانون رقم (3) لسنة 1977 والتي استحدثت محكمة لتمييز الاحكام الصادرة من (محاكم الصلح الملغاة) والتي حلت محلها محاكم البداءة، وهي محكمة استئناف المنطقة يتضح ان المدة الثانية تخص الاحكام الصادرة من محكمة البداءة والتي تميز لدى محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية كما اشرنا الى ذلك انفاً، لذلك فان النص السابق لكي يدل على الغرض المقصود منه نقترح تعديله وكالاتي:

(مدة الطعن بطريق التمييز ثلاثون يوماً بالنسبة لاحكام محاكم البداءة والاستئناف، وعشرة ايام بالنسة لاحكام محاكم البداءة والتي تميز لدى محكمة استئناف المنطقة واحكام محاكم الاحوال الشخصية).

---

[1] د. مصطفى الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، ج2، مصدر سابق، ص461.

[2] الغيت محاكم الصلح بموجب الفقرة الثالثة من المادة (165) من قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 وانيط اختصاصها بمحاكم البداءة.

5- الاشتراك في اللفظ: وهو ازدحام المعاني في اللفظ بدون امكانيــة تــرجيح احدهما على غيرها[1]. والمشترك نوعان: مشترك لفظي وهو لفــظ وضـــع لاكثر من معنى واحد، ومشترك معنوي وهو لفظ وضع بوضع واحد لغةً او شرعاً او قانوناً اوفي أي اصطلاح اخر لقدر مشترك بــين عــدة انــواع او اصناف او افراد[2].

6- التعارض: وهو انطباق نصين قانونيين على واقعة ما، ويقتضي كل منها لها حكماً يخالف مايقتضيه الاخر[3]. والتعارض قد يكون بين نصوص القــانون الواحد او في قوانين مختلفة اوان يكون بين تشريعات مختلفة القوة[4].

ومن الامثلة القانونية على التعارض بين النصوص، نص المادة(931) مــن القانون المدني العراقي والتي تجيز الوكالة في كل تصرف يقبل النيابة، حيث نصت على انه: (يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل، فمن وكل غيره توكيلا مطلقاً مفوضاً بكل حق هو له وبالخصومة في كل حق له صحت الوكالة ولو لــم يعــين المخاصم به والمخاصم)، وهذه المادة بأعتبار عمومها تتعارض مع المـــادة(2/34) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ والتي لاتجيز الوكالة في الطلاق، فهــي تنص على أنه: (لايعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق)، فيرجح العمل بالثانية على العمل بالأولى فيما يتعلق بالطلاق بعد قــانون الاحوال الشخصية قانونا خاصاً يقيد القانون المدني (قانون عام)[5].

---

(1) د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، مصدر سابق، ص371.

(2) ومثال المشترك اللفظي، لفظ (العين) وضع لعدة معانٍ كل منها على سبيل الحقيقة فتطلق على الباصرة وعين الماء والذهب والجاسوس... ومثال المشترك المعنوي لفظ (العقد) قد يراد به عقد البيع، الايجار، الشركة...) انظر د. مصطفى الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، مرجع سبق ذكره، ص337.

(3) د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مصدر سابق، ص136.

(4) د. رياض القيسي، علم اصول القانون، مصدر سابق، ص326.

(5) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص466.

الفرع الثاني

كيفية تفسير النص القانوني الغامض

ان التفسير القضائي امر لازم حتى يمكن الفصل في المنازعات، ويقوم به القضاة بمقتضى وظيفتهم، والقاضي يقوم بالتفسير من تلقاء نفسه حتى لو لم يطلب منه الخصوم ذلك، ولاسيما اذا كان النص غامضاً، وفي هذه الحالة فإن القاضي يستعين بوسائل لإزالة هذا الغموض، وهي اما وسائل داخلية يرجع فيها الى النص ذاته، او وسائل خارجية يلجأ فيها الى عناصر خارجة عن النص[1]، وسنتطرق الى هذه الامور على النحو الاتي:

اولاً: التفسير المستخلص من عبارات النص والفاظه: يتم الاعتماد على هذه الوسيلة في استنباط المعنى من الفاظ النص وعباراته، فإذا خلص المعنى من الفاظ النص، وجب تطبيق الحكم على الواقع المُعروض، وهذا الاستخلاص للمعنى من الفاظ النص وعباراته يتم عن طريق فهم هذه العبارات والالفاظ والتركيب اللغوي لها، فالنص القانوني ماهو الا مركب من الفاظ ذات معانٍ يستدل عليها بطريق الحقيقة او المجاز، ولهذا يجب ان يكون القاضي ملماً بمعاني المفردات اللغوية وبطرق استعمالها،كما عليه ايضاً الاحاطة بكافة التطورات التي صاحبتَ اللغة، بوصفها ظاهرة متطورة[2].

وقد يكون لبعض الالفاظ معنى لغوي واخر اصطلاحي[3]، وفي هذه الحالة يجب ان يحمل اللفظ على معناه الاصطلاحي، أي المعنى الذي يستخدم في لغة القانون وصياغته، وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الى الاخذ بهذا الاتجاه في

---

(1) استاذنا د. غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، دار وائل، عمان، 2004، ص218.

(2) د. ابراهيم ابو الليل ود. محمد الالفي، المدخل الى نظرية القانون ونظرية الحق، الكويت، 1986، ص157.

(3) د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، ج1، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص423.

قرار لها حيث قررت[1]: (وجدت المحكمة ان المدعى عليه فيما يتعلق بتفسير عبارة (ضعف المدة التي قضاها في الخارج) فقد فسر كلمة (ضعف) المدة لغة بمثلها لابمثليها، الا ان محكمة البداءة اخذت بالمعنى العرفي لكلمة(ضعف) بأعتبارها انها مثلي الشيء، وان اخذ المحكمة بمبدأ ترجيح المعنى العرفي على المعنى اللغوي لكلمة معينة سليم، الا انها وقعت في خطأ، هو انه ليس للمحكمة ان تغلب المعاني العرفية من تلقاء نفسها دون اللجوء الى اهل الخبرة من الوسط الذي يتداول فيه الكلمة المراد تعيين مدلولها العرفي والمقصود منها).

ثانياً: حكمة التشريع: يراد بحكمة التشريع، الباعث على وضع الحكم الذي يتضمنه هذا التشريع، فهي الغاية المقصودة من الحكم أي المصلحة التي قصد المشرع تحقيقها[2]، وكثيراً مايفيد الوقوف على هذه الغاية في التعرف على معنى النص، اذا لم تكن الفاظه واضحة الدلالة على معنى معين، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز على انه[3]: (ان الثابت من اوراق القضية ان المدعية ارملة وهي لاتتقاضى راتباً من الدولة،وليس لها مورد مالي تعتاش منه، وهي ام لسبعة اطفال كلهم من القاصرين، فتكون هي واسرتها مشمولة بأحكام قانون الرعاية الاجتماعية رقم 126 لسنة 1980 وتستحق هي واسرتها الحد الادنى لراتب العامل الماهر وفقاً للقرار 1109 والمؤرخ في 1980/7/14 ولايجوز قانوناً حجب الرعاية عنها احتجاجاً بعمل ولدها احياناً اضطراراً للعيش، وان ولدها طالب في الدراسة الابتدائية وهو لم يتم الثامنة عشر من العمر).

---

(1) قرار محكمة التمييز رقم 3277/ حقوقية /962/ في 1963/4/10، قضاء محكمة التمييز، المجلد الاول، 1966، ص50.

(2) د. عبد المجيد عباس، اصول القانون، مصدر سابق، ص282.

(3) قرار رقم 345/موسعة اولى/81 بتاريخ 1982/3/27، منشور لدى د. ضياء شيت خطاب، فن القضاء، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1984، ص69.

ثالثاً: تقريب النصوص بعضها من بعض: وتعني هذه الوسيلة ان تجري المقارنة والتقريب بين اللفظ الغامض وباقي الألفاظ المذكورة في النص، او ان تجري المقارنة والتقريب بين النص الغامض وغيره من النصوص، واساس هذه الوسيلة ان أي قاعدة قانونية لاتبدو مستقلة او منفصلة عن غيرها من القواعد القانونية، بل ان الترابط وثيق بين كافة القواعد القانونية في النظام القانوني الواحد[1]. فالنصوص التشريعية تكمل بعضها بعضاً، فبعضها يخصص ماجاء عاماً في احداها، وبعضها يفسر مجملها،وبعضها يقيد ما اطلقه البعض[2].

وقد ذهبت محكمة التمييز في قرار لها الى ان[3]: (ان قانون العمل وقانون التقاعد والضمان الاجتماعي يكمل بعضه بعضاً في النصوص القانونية وفي المصطلحات تطبيقاً للفقرتين(ب،ج) من المادة الاولى من قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال، وان القواعد التي يسترشد بها القاضي في تفسيره لنصوصه هي ان جميع النصوص الاجتماعية الواردة في قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال تعتبر واحدة يكمل بعضها بعضاً لانهما متكاملان).

رابعاً: الاسباب الموجبة: ان كل تشريع يصدر تقترن به الاسباب الموجبة له، والتي توضح الغرض من التشريع، وتعد الاسباب الموجبة من الوسائل التي تساعد القاضي على ازالة غموض النص وذلك لانه من خلال هذه الاسباب

---

(1) يقصد بالنظام القانوني مجموعة القواعد القانونية المتميزة بالتماسك فيما بينها وبالثبات في تطبيقها، والتي تهدف الى تحقيق غرض معين مشترك، ويتولى تنظيم طائفة من العلاقات الناشئة في ناحية من نواحي الحياة الاجتماعية التي تتشابه من حيث طبيعتها الاجتماعية ومن أمثلته نظام الزواج، لمزيد من التفصيل انظر الاستاذ عبد الباقي البكري،زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، كلية القانون، بغداد، 1989، ص27.

(2) الاستاذ عبد الباقي البكري، زهير البشير، مصدر سابق، ص28.

(3) قرار رقم 543/عمل /82 بتاريخ 1982/8/12 منشور لدى د. ضياء شيت خطاب، فن القضاء مصدر سابق، ص67.

يمكن التعرف على قصد المشرع في تشريعه لقانون معين، فعلى سبيل المثال ان المادة (94)[1] من قانون المرفعات المدنية النافذ تنص على انه: (يجوز للقاضي اذا استشعر الحرج من نظر الدعوى لأي سبب ان يعرض امر تنحيه على رئيس المحكمة للنظر في اقراره على التنحي)، فجاء في الاسباب الموجبة لقانون المرافعات حول هذه المادة مايأتي: (وزيادة في الحيطة ورفع الحرج عن القضاة نص القانون على انه يجوز للحاكم اذا استشعر الحرج في نظر الدعوى لاي سبب ان يعرض امر تنحيه على رئيس محكمة الاستئناف للنظر في اقراره على التنحي، ولو لم يتوفر في حقه سبب يجعله غير صالح لنظر الدعوى او مردوداً عن نظرها).

وعند النظر في المادة اعلاه نجد فيها غموضاً يتمثل في ان القاضي اذ استشعر الحرج من نظر الدعوى يعرض امر تنحيه على رئيس المحكمة، ووجه الغموض هل المقصود هو رئيس محكمة التمييز ام رئيس محكمة الاستئناف ام رئيس محكمة الجنايات في المحافظات التي لاتوجد فيها محكمة استئناف، كذلك فإن الاسباب الموجبة للمادة اعلاه قد ذكرت (ولو لم يتوفر اي سبب يجعله غير صالح لنظر الدعوى او مردوداً عن نظرها) هنا المشرع يوضح المادة اعلاه ويؤكد على حق القاضي في التنحية حتى لو لم يتوافر في حقه سبب من اسباب الرد، وهنا الاسباب الموجبة توضح ان تقديم طلب التنحية يكون لرئيس محكمة الاستئناف.

خامسا: الاعمال التحضيرية: وهي مجموعة الاعمال التي تواكب التشريع منذ اقتراحه حتى تمام سنه كالمذكرات التفسيرية ومناقشات المجلس النيابي ومحاضرها، واعمال اللجان المختصة بإعداد التشريع، ويستعين القاضي بهذه الاعمال في توضيح النص المبهم اواستكمال نُقصه او رفع التعارض

---

[1] تقابلها المادة (150) من قانون المرافعات المدنية والتجاري المصري والمادة (135) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

بين النصوص لمعرفة ارادة المشرع، غير ان القاضي ينبغي ان يكون حذراً في الاستعانة بهذه الاعمال لانها ليست جزءاً من التشريع، وانما هي وسيلة لإدراك مقاصد المشرع ولذلك فإن من المحتمل ان تشتمل على فكرة خاطئة لانها اجتهادات شخصية من جانب واضعيها[1] مثال ذلك ماجاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري تعليقاً على نص المادة 2/409 من ان (الاقرار المركب لايتجزأ، موصوفاً كان او غير موصوف، بل يتعين على من يتمسك به بصفته هذه ان يعتد به بأسره) مع ان المادة المذكورة تنص صراحة على ان (لايتجزأ الاقرار على صاحبه الا اذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لايستلزم حتماً وجود الوقائع الاخرى) أي انها تجيز تجزئة الاقرار المركب في بعض الاحوال[2].

فعلى سبيل المثال لايجوز تكليف المقر بإثبات دفعه لاقرار بجزء من الدين مع ان مديونيته لم تثبت الا بالأقرار، فالسماح بتجزأة الأقرار يؤدي الى نقل عبء الاثبات بدون مسوغ قانوني من المدعي الى المدعى عليه، فضلا على ذلك ان قاعدة عدم تجزئة الإقرار بنيت على اساس أن كل اجزاء الاقرار متساوية في الإثبات[3].

سادسا: المصدر التأريخي: وهو المرجع الذي استمد منه المشرع احكام تشريعيه، فالشريعة الاسلامية والقانون المدني المصري هما المصدران التاريخان للقانون المدني العراقي، فإذا كان النص غامضاً ورأى القاضي انه مستمد من الفقه الاسلامي استعان بهذا الفقه في تفسير النص، وان وجده مستمداً

---

[1] د. عصمت عبد المجيد، اصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص96.

[2] تقابلها المادة (69) من قانون الاثبات العراقي مع ملاحظة عدم وجود مايقابلها في القانون المدني الاردني وكذلك قانون البينات.

[3] للمزيد راجع استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات، مصدر سابق، ص136.

من قانون وضعي استرشد بالفقه والقضاء الاجنبيين في تفسير هذا النص[1]. وقد ذهب القضاء المصري في هذا المجال بأن حق الشفعة لايـورث فـإذا مات الشفيع قبل الاخذ بالشفعة فلا يجوز لوارثه ان يطالب بها، وقد رجـع القضاء في ذلك الى المصدر التأريخي للقانون المدني المصري في الشفعة، وهي الشريعة الاسلامية وبالذات الفقه الحنفي الـذي اسـتقى منـه احكـام الشفعة[2].

سابعا: رفع التعارض بين النصوص: ان المقصود بالتعارض،هو وجود نصـين قانونيين مختلفين او اكثر لمعالجة موضوع معين[3]، ففي هذه الحالة السؤال الذي يفرض نفسه هو: ان القاضي الى أي نص من هذه النصوص سـوف يلجأ ليطبقه على المسألة المعروضة؟ الاجابة تكون كالاتي:

اذا حدث التعارض بين تشريعين متلاحقين في زمن الصدور فإن التشـريع الحديث يعد ناسخاً للقديم، اما اذا حدث التعارض بين تشريعين غير متساويين فـي القوة، وجب تقديم الاقوى وذلك اعمالاً لمبدأ تدرج التشـريعات[4]، امـا اذا حـدث التعارض في نصوص تشريع واحد او نصوص تشريعات متساوية القـوة، وجـب اولاً اللجوء الى محاولة الجمع بين النصين لان في الجمع عملاً بكليهما، واعمـال الكلام اولى من إهماله واذا لم يتمكن القاضي من الجمع بين النصين يلجـأ الـى الطريقة الثانية لرفع التعارض وهي طريقة ترجيح احدهما بمرجح مقبول، فالمبـد العام في هذا المجال (اذا تعارض العام والخاص يرجح الخاص على العـام فيمـا يتعارضان فيه) واذا حصل التعارض بين النص المطلق والنص المقيد يرجح الثاني على الاول[5].

---

(1) منير القاضي،ملتقى البحرين، مطبعة العاني، بغداد، 1952، ص5.

(2) نقلا عن د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني،ج1، مصدر سابق، ص438.

(3) د. عبد المجيد عباس، إصول القانون، مصدر سابق، ص311.

(4) عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق، ص128.

(5) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص466.

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية ان[1]: (المستاجر لارض مملوكة للدولة والذي احدث عليها منشأت، ليس له حق طلب حبس العين عند انتهاء عقد الايجار الى حين تسديد مايستحقه من قيمة المنشآت، لان الايجار لايجدد الا وفق احكام قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم(32) لسنة 1986 وهو قانون خاص يقيد القانون المدني (قانون عام).

وجاء في قرار إخر لمحكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية الى ان[2]: (الفقرة (1) من المادة (55) من قانون المرافعات اوردت بوضوح ان المرافعة تجري بصورة حضورية اذا حضر الخصم في اية جلسة ولو تغيب بعد ذلك، وان مايقصد به المشرع هو تضييق الخناق على الطرف الذي يتغيب وعدم مكافأته بأطالة امد الدعوى والدليل على ذلك هو تحميل المعترض مصاريف الدعوى الاعتراضية مهما تكن نتيجة الاعتراض، اما نص المادة (118) من قانون الاثبات فقد ورد جوازياً في مثل هذه الحالة (... وفي حالة غيابه جاز لها اصدار الحكم غيابيا ... الخ) وفي هذه الحالة فإنه ليس من العدل ان تنقلب المرافعة الحضورية الى غيابية دون نص واضح ليكون ذلك مكافأة للخصم الذي تغيب عن المرافعة دون سبب مشروع، هنا يتم ترجيح كفة الفقرة(1) من المادة (55) مرافعات عند التطبيق لكونها تتعلق بأجراءات التقاضي بينما حكم المادة (118) اثبات الجوازي هو ضمن قواعد الاثبات.

---

[1] قرار محكمة التميز الاتحادية عدد(2545/ إستئنافية عقار /208 بتاريخ 2008/11/10، النشرة القضائية، العدد السادس، 2009، ص21.

[2] قرار محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية رقم 411/ت/2006 تاريخ القرار 2006/12/27، القاضي كيلاني سيد احمد، المبادئ القانونية لقرارات محكمة استئناف منطقة اربيل، 2010.

المبحث الثاني

عدم وجود النص القانوني وتأثيره على الدور التفسيري

ان المشرع مهما توخى الدقة والكمال في عمله، لايستطيع ان يحيط بكل شيء وأن يضع مسبقاً الحلول اللازمة التي قد تعرض على القضاء، ويتبين هذا النقص في التشريع اكثر فأكثر كلما تطور المجتمع، وظهرت فيه حاجات جديدة او اوضاع لم تكن موجودة من قبل.

فإذا لم يجد القاضي في نصوص القانون المكتوب قاعدة عامة يمكن تطبيقها على النزاع المعروض عليه سميت هذه الظاهرة نقصاً في التشريع، وقد اثارت هذه المسألة خلافاً فقهياً بين الفقهاء ادى الى وجود نظريتين، نظرية كمال التشريع ونظرية نقص التشريع[1].

اما نظرية كمال التشريع فالمقصود به، ان التشريع يشمل جميع الحلول لجميع الحالات، والنقص في التشريع مفاده ان التشريع قاصر عن تنظيم الاوضاع القانونية والاقتصادية والاجتماعية بصورة شاملة[2].

ومهما يكن من امر الاختلاف حول كمال التشريع او نقصه، فإن الواقع الحالي يشير الى هجر معظم الفقهاء لنظرية كمال التشريع وذلك لورود نصوص صريحة في القانون تشير الى حالات وجود نقص في التشريع حيث تنص الفقرة (2) من المادة(1) من القانون المدني العراقي على انه: (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ

---

[1] د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، دار الرسالة،الكويت، 1982، ص539.

[2] د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص540. انظر كذلك:

Rupert Cross، statutory interpretetation، op.cit،p.161.

الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين فأذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة)[1].

لذا نحاول في هذا المبحث ان نتطرق الى المقصود بالنقص في التشريع والوسائل التي يمكن من خلالها سد النقص في التشريع، وهل ان النقص في التشريع يتم معالجته بالتفسير واخيراً نتناول مبدأ مهماً جاء في قانون الاثبات العراقي، الا وهو الزام القاضي بإتباع التفسير المتطور.

عليه فإننا سنقسم هذا المبحث الى المطلبين الاتيين:

المطلب الاول: التفسير في حالة فقدان النص

المطلب الثاني: التفسير المتطور للقانون

---

[1] كذلك فأن الفقرة (2) من المادة (1) من القانون المدني المصري تنص على انه: (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة)، ونصت الفقرتين(2،3) من المادة (1) من القانون المدني الاردني على انه: (2- فإذ لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقه لنصوص هذا القانون. فإن لم توجد حكمت بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية،3- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإذ لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة). ويلاحظ بأن القانون المدني الإردني وبخلاف القانونين المدني العراقي والمصري قدم مبادىء الشريعة الاسلامية على العرف وكذلك ميز بين احكام الفقه الاسلامي وبين مبادىء الشريعة الاسلامية وجاء في مجموعة الاعمال التحضرية ان المقصود بالاولى هي الاحكام المدونة في الكتب الفقهية والمقصود بالثانية هي الاحكام التي تستخلص من نصوص الكتاب والسنة كالامر بالعدل والمساواة والنهي عن اكل اموال الناس بالباطل ...) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني،ج1، 2001، المكتب الفني لنقابة المحامين، عمان الاردن، ص38.

المطلب الاول

التفسير في حالة فقدان النص

اذا عرض امام القاضي نزاع وتيقن من عدم وجود نص قانوني يمكن تطبيقه على الحالة المعروضة، فإنه لن يستطيع مع ذلك ان يمتنع عن الحكْم بحجة سكوت القانون عنها، لان القانون حتم عليه في القضايا المدنية، ان يفصل في كل مايعرض عليه، فالمادة(30) من قانون المرافعات العراقي النافذ تنص على انه: (لايجوز لاية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص او نقصه، والا عد ممتنعاً عن احقاق الحق، ويعد ايضاً التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعاً عن احقاق الحق)[1].

ويستخدم الفقه مصطلحات عدة للتعبير عن النقص في التشريع مثل النقص في القانون، الفراغ في القانون، الثغرات في القانون، سكوت القانون[2]، ولكن المشرع العراقي سماه في قانون المرافعات المدنية (بفقدان النص).

---

[1] تقابلها الفقرة ثانياً من المادة (494) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري وتجدر الاشارة الى ان المادة (132) من قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1931 قد نصت على انه: (اذا امتنع القاضي في غير الاحوال المذكورة عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لاتزيد على مائتي جنيه ويعد ممتنعاً عن الحكم كل قاضي ابى او توقف عن اصدار حكم بعد تقديم طلب اليه في هذا الشأن بالشروط المبينة في قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية ولو أحتج بعدم وجود نص في القانون أو بأن النص غير صريح أو بأي وجه اخر) وفيما يتعلق بقانون اصول المحاكمات المدنية الاردني فلا يوجد فيه نص يقابل المادة اعلاه، الا ان المادة (37) من قانون استقلال القضاء الاردني لسنة 2001 قد نصت على انه: (أ- كل اخلال بواجبات الوظيفة وكل عمل يمس الشرف او الكرامة او اللياقة يشكل خطأ يعاقب عليه القاضي تأديبياً، ب- ويشمل الاخلال بواجبات الوظيفة تأخير البت في الدعوى وعدم تحديد موعد لافهام الحكم والتمييز بين المتقاضين وافشاء سر المداولة والغياب بدون عذر وعدم التقيد بأوقات الدوام).

[2] لمزيد من التفصيل انظر د. عصمت عبد المجيد بكر، اصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص112.

ويعرف جانب من الفقه[1] النقص بأنه (الحالة التي لايجد فيها القاضي في نصوص القانون المكتوب قاعدة ليطبقها على النزاع المعروض عليه)، (ويعرفه البعض الاخر بأنه عدم ورود حكم في التشريع يتناول النزاع المعروض امام القاضي)[2].

لذلك فإنه اذا لم يجد القاضي نصاً يطبقه على النزاع المعروض عليه، فإنه في هذه الحالة يجب عليه اللجوء الى الوسائل التي يتم بها سد النقض في التشريع، وقد تكفل التشريع العراقي بأرشاد القاضي الى الوسائل والمصادر التي يتعين عليه الرجوع اليها لسد النقص في التشريع كالعرف ومباديء الشريعة الاسلامية وقواعد العدالة[3].

وفيما يتعلق بكيفية تفسير المصادر اعلاه، فإن غالبية الفقه يذهب الى از مجال التفسير هو النص، اما مجال النقص فهو الفراغ، ولاتداخل بين المجالين، أي ان التفسير يرد على القواعدِ القانونية المكتوبة والصادرة عن سلطات الدول المختصة[4]، وهذه القواعد تحتاج الى بيان معناه من خلال نصوصه، عكس القواع القانونية الاخرى المستمدة من المصادر غير المكتوبة، لاسيما العرف وقواع العدالة التي لاحاجة لتفسيرها، لانها عبارة عن معنى مستقر في الاذهان ولايقيد لفظ خاص[5]، فالقاعدة العرفية وقواعد العدالة لاترد في الفاظ محددة، واذا تطلب تطبيقها يجب البحث عنها وتقصي وجودهما، هذا البحث والتقصي يؤدي الى

(1) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مصدر سابق، ص539.

(2) ضياء شيت خطاب، فن القضاء، مصدر سابق، ص70.

(3) راجع الفقرة(2) من المادة (1) من القانونيين المدنيين العراقي والمصري والفقرتين (2) (3) من المادة (1) من القانون المدني الاردني.

(4) استاذنا د. غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، دار وائل للنشر، عمان، 2002، ص211 ود. رياض القيسي، علم اصول القانون، بغداد، 2002، ط1، ص329، ود. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، ج1، مرجع سبق ذكره، ص421، ود. خالد الزعبي ود. منذر الفضل، المدخل الى علم القانون، دار الثقافة، عمان،1998، ص114.

(5) استاذنا د. غالب علي الداودي، مصدر سابق، ص211.

الوقوف على معناها ويغني عن تفسيرهما[1]، اما مبادئ الشريعة الاسلامية فأن تفسيرها يستند الى اصول ومدارس خاصة بها، فعلينا ان نلجأ اليها مباشرة اذا ثار اشكال في تطبيقها[2].

لذلك وتماشياً مع ماذهب اليه غالبية فقهاء القانون، من ان مصادر القاعدة القانونية غير المكتوبة لاتقع ضمن نطاق التفسير، فأننا نكتفي بهذا القدر هنا، على اننا سنتناوله مجدداً عند تطرقنا للدور الرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في الباب الثاني من اطروحتنا، وذلك حينما تمارس الرقابة على تطبيق القانون بمعناه الواسع.

ومن الجدير بالذكر ان هناك وسيلة اخرى مهمة لسد النقص في التشريع وتدخل في نطاق التفسير[3]، خاصة عند فقدان النص كما سنرى ذلك لاحقاً، الا وهي القياس[4].

لذلك فأننا سنقسم هذا المطلب الى الفرعين الاتيين:

الفرع الاول: التعريف بالقياس وبيان موقعه من بين مصادر القانون.

الفرع الثاني: موقف القانون المدني والقضاء العراقيين من القياس.

---

(1) د. حسن حرب اللصاصمة، المدخل الى العلوم القانونية، مصدر سابق، ص103.

(2) د. ابراهيم ابو الليل ود. محمد الالفي، المدخل الى نظرية القانون والحق، مصدر سابق، ص144.

(3) د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مصدر سابق، ص162، ود عباس الصراف ود. جورج حزبون، المدخل الى علم القانون، مصدر سابق، ص76، ضياء شيت خطاب، فن القضاء، مصدر سابق، ص73، استاذنا د. غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، مصدر سابق، ص218.

(4) تقابلها المادة (221) من القانون المدني الاردني، مع ملاحظة عدم وجود مايقابلها في القانون المدني المصري.

الفرع الاول

التعريف بالقياس وبيان موقعه من بين مصادر القانون

القياس في القانون يعني اعطاء حالة غير منصوص على حكمها في القانون نفس حكم حالة اخرى ورد نص بحكمها لتماثل العلة بين الحالتين[1]. وان للقياس من حيث النظر الى المقيس عليه صورتين، هما القياس التشريعي والقياس القانوني[2].

فيما يتعلق بالقياس التشريعي فيكون عن طريق تطبيق نص ينظم حالة معينة على حالة اخرى غير منصوص عليها لوجود تشابه في الحكمة بين الحالتين، أي

[1] استناذنا د. غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، مصدر سابق، ص218.

[2] د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، مطبعة السلام، القاهرة، 1987، ط6، ص380، وتجدر الاشارة الى ان فقهاء اصول الفقه الاسلامي يقسمون القياس الى تقسيمات عديدة بأعتبارات مختلفة. حيث ينقسم القياس من حيث الحكم الثابت في الفرع الى ثلاثة اقسام هي: القياس الاولوي ويسمى القياس الجلي، وهو مايكون الفرع فيه اولى من الاصل بالحكم لوضوح العلة وظهورها فيه، والقياس المساوي وهو ماتكون العلة فيه مساوية الظهور في الفرع والاصل، والقياس الادنى وهو ماسوى هذين القسمين في الاقيسة التي شاع استعمال الفقهاء لها، وهو ماكانت العلة فيه في الفرع اخفى منها في الاصل، او احتمل عدم وجودها فيه وينقسم القياس من حيث ثبوت مثل او نقيض حكم لاصل في الفرع الى: قياس الطرد وهو ان تثبت مثل حكم الاصل في الفرع لأشتراكهما في العلة وقياس العكس: وهو اثبات نقيض حكم معلوم في معلوم اخر لوجود نقيض علته فيه وينقسم القياس بأعتبار العلة الى قياس العلة: وهو ماذكرت فيه العلة صراحة، وقياس الدلالة: وهو مالم تذكر فيه العلة انما ذكر لازمتها اواثرها او حكمها، والقياس في معنى الاصل: وهو الجمع بين الاصل والفرع بنفي الفارق، ويقسم القياس ايضاً الى قياس قطعي وقياس ظني، فالقياس القطعي: وهو الذي يقطع فيه بعلة الحكم في الاصل بأنها هي العلة الفلانية، كما يقطع بوجود مثل تلك العلة في الفرع، فعند ذلك يقطع القائس بثبوت الحكم في الفرع والقياس الظني: وهو الذي لايقطع فيه بعلة الحكم في الاصل او يقطع بها، الا انه لايقطع بوجودها في الفرع، للمزيد راجع د. مصطفى الزلمي اصول الفقه في نسيجه الجديد، ج1، مصدر سابق، ص116، ومابعدها ود. عبد الكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، مصدر سابق، ص195 ومابعدها.

قياس حالة لم يرد بشأنها نص على حالة ورد بشأنها نص، فيكون المقيس عليه في هذه الحالة نصاً من نصوص القانون[1].

اما القياس القانوني، فهو قياس حالة لم يرد بشأنها نص على مجموع المبادئ القانونية[2]، أي ان هذا النوع من القياس يتحقق عندما يكون المقيس عليه نظاماً كاملاً من الانظمة او موضوعاً شاملاً من المواضيع نص القانون تفصيلاً على الاحكام الخاصة به في مواد عدة، بينما يكون المقيس موضوعاً خاصاً او نظاماً اخر لم ينص القانون على احكامه، ولكن ثمة اوجه شبه بين الموضوعين او النظامين، ومن امثلة ذلك تطبيق احكام العقود المسماة على العقود غير المسماة التي لم ينص على احكامها متى كانت مشابهة للعقود المسماة في الخصائص الجوهرية[3]، واذا كان القياس بصورتيه السابقتين يعني اعطاء حالة غير منصوص على حكمها في القانون نفس حكم حالة اخرى ورد نص بحكمها لتماثل العلة بين الحالتين وكما بينا سابقاً، الا ان الفقه قد اختلف في الدور الذي يؤديه القياس في القانون المدني، حيث ان هناك ثلاث اتجاهات في هذا الصدد هي:

---

(1) د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مصدر سابق، ص305، ومن الجدير بالذكر ان القياس يتكون من اربعة اركان وهي أ- المقيس عليه او (الاصل اوالمشبه به او الملحق به) وهو المحل الذي يثبت الحكم فيه بنص، ب- المقيس او (الفرع او المشبه او الملحق) وهو المحل الذي لانص فيه، ج- حكم الاصل وهو الحكم الثابت في الاصل ويراد اثبات مثله للفرع، د- العلة: هي المصلحة التي شرع الحكم لاجل رعايتها او بعبارة اخرى هي المصلحة المعتبرة في تشريع الحكم والغاية المتوخاة من العمل به، للمزيد من التفصيل انظر د. عبد الكريم زيدان الوجيز في اصول الفقه، مصدر سابق، ص200 ومابعدها.

(2) المبدأ القانوني هو فكرة عامة مستخلصة بطريق الاستقراء من جملة قواعد قانونية متقاربة، فهو لايرمي الى ايراد حل معين، بل يستعان به فقط عند تطبيقه بطريق الاستنتاج على الاحوال التي لم يتعرض لها المشرع عن طريق القاعدة القانونية، والتي قد يصعب ادخالها تحت حكمها لعدم توافر كل الاركان للمزيد، انظر استاذنا، د. محمد سليمان الاحمد، فكرة التطور القانوني بين تبدل القانون وتغير الواقع، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية، كلية الحدباء والجامعة، العدد الاول، 2000، ص108.

(3) د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، مصدر سابق، ص198.

الاتجاه الاول: القياس وسيلة من وسائل التفسير: ان المشرع حين يضع قاعدة قانونية بناءً على سبب قانوني، اي بناءً على حكمة التشريع، فإنه يقصد ان يقرر جميع تلك النتائج على هذا السبب ذاته في حالات اخرى غير الحالة المنصوص عليها، فغاية المشرع لايمكن ان تتحدد بالمعنى الحرفي للنصوص، أي ان اعمال القياس هو تفسير لإرادة المشرع وان كان يتم افتراضها ويأخذ بهذا الاتجاه فقهاء مدرسة الشرح على المتون في فرنسا[1] وكذلك جانب من الفقه المصري الذين يرون ان القياس ليس مصدراً للتشريع فحسب كما في الشريعة الاسلامية بل هو اخصب وسائل الاستنتاج[2]. وبهذا الاتجاه ايضاً اخذ معظم الفقه العراقي، حيث يعدون القياس من طرق التفسير الداخلية[3].

الاتجاه الثاني: القياس مصدر رسمي للقانون: بموجب هذا الاتجاه فإن القياس يعد مصدراً رسمياً للقانون الى جانب المصادر الاخرى كالعرف ومبادئ الشريعة الاسلامية، ويذهبون الى انه اذا امكن استظهار الحكم بالقياس كان مصدر ما تم التوصل اليه هو التشريع وليس القياس[4].

الاتجاه الثالث: القياس ليس مصدراً تفسيرياً ولامصدراً رسمياً للقانون، بل يحتل مكاناً وسطاً بينهما: فالقياس يشمل على تجاوز المعنى الحرفي للنصوص الى اكتشاف الارادة المفترضة للمشرع، لذا فإنه يعد وسيلة اجتهادية، أي

---

[1] الاستاذ . س. ف كاناريز، سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الالماني منه، ترجمة د. عبد الرسول الجصاني، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية، سنة 28، العدد الاول 1973، ص72.

[2] د. منصور مصطفى منصور، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة،1972،ص303 ود. عبد المنعم فرج الصدة، اصول القانون، مرجع سبق ذكره، ص300.

[3] الاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق، ص126، استاذنا د. غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، مصدر سابق، ص218،د. رياض القيسي، علم اصول القانون، مصدر سابق، ص329.

[4] د. سليمان مرقس، المدخل الى علم القاون، مصدر سابق، ص382.

وسيلة من وسائل مايسميه الفقيه الفرنسي (فرانسوجيني): (البحث العلمي الحر) والتي تؤدي الى سد النقص في التشريع وتكملته لاتفسيره[1]. (وقد نسب الاستاذ جيني الى الفقيه الالماني ويند شايد الرأي القائل: ان القياس يقف في الوسط بين التفسير المجرد وبين خلق القانون، وان له طبيعــة مزدوجة لسببين، اولهما، انه يعتمد على القانون المكتوب فهــو اساســه الجوهري، وثانيهما، ان القياس المنبثق عن الروح العامة للنظام القانوني يرتفع دون شك فوق مستوى النصوص، أي ان القياس يدخل في نطـــاق عملية سد الفراغ في القانون، لانه ينطوي على تجاوز المعنى الحرفـــي للنص، ويقوم بسد الفراغ في القانون في اللحظة التـــي يضـــطر فيهـــا القاضي وهو يبحث عن العدالة والحق، الى الركون بعيداً وراء المعنـــى الحرفي للنص القانوني)[2].

وبهذا الاتجاه اخذ جانب من الفقه المصري[3]، حيث يرى بأن القياس لـــيس وسيلة من وسائل التفسير بالمعنى الاصطلاحي الحقيقي لهذه الكلمة، بل وسيلة مـــن وسائل سد النقص في التشريع، وكذلك رأي في الفقه الاردني اخذ بهذا الإتجاه حيث يرى بأن القياس من طرق اكمال القانون[4]. وبهذا الاتجاه ايضاً اخذ جانب من الفقه العراقي، حيث يرى بأن القياس لايعدو ان يكون وسيلة للرأي والاجتهاد[5].

---

(1) نقلا عن د. عصمت عبدالمجيد، اصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص134.

(2) نقلا عن د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مصدر سابق، ص312.

(3) د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، ج1، مصدر سابق، ص422 د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية، القاهرة، 1977، ص259.

(4) د. خالد الزعبي ود. منذر الفضل، المدخل الى علم القانون، مصدر سابق، ص119.

(5) د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مرجع سبق ذكره، ص340، أستاذنا د.عـــامر عاشور عبد الله، القياس في القانون المدني والشريعة الاسلامية بحث منشـــور فـــي مجلـــة الرافـــدين للحقوق، مصدر سابق، ص128.

وفيما يتعلق برأينا، فإنه يبدو لنا ترجيح الاخذ بالاتجاه الاخير بان القياس ليس مصدرا تفسيريا ولا مصدرا رسميا للقانون، وذلك لان القائلين بأن القياس هو مصدر رسمي للقانون، فدليلهم في ذلك ان الحكم المستخلص من القياس مصدره التشريع وليس القياس، وكذلك فإن قوانين دول عدة نصت على الرجوع الى القياس في حالة انعدام النص، فعلى سبيل المثال فأن الفقرة(2) من المادة(12) من القانون المدني الايطالي تنص على انه: (اذا لم يوجد نص في التشريع يرجع القاضي الى النصوص التي تنظم الحالات المتشابهة)[1]، وكذلك تنص المادة(1) من القانون المدني النمساوي على انه: (لو تعذر الفصل في واقعة خاصة طبقاً للنص او للمفهوم الطبيعي للتشريع وجب حينئذٍ الرجوع الى الحالات المشابهة التي اورد القانون بشأنها حكماً واضحاً)[2].

اما القائلون بأن القياس وسيلة من وسائل التفسير، فدليلهم في ذلك ان النقص في القانون قد تتم معالجته عن طريق التنظيم القانوني ذاته بالاستعانة بالقياس، فلا يخرج المفسر حينئذٍ عن دائرة النصوص التشريعية، ففي القياس يبحث القاضي عن الحكمة الجامعة المشتركة بين حكم النص الموجود والواقعة الجديدة، أي انه يبحث عن اصل يقاس عليه الوضع الجديد كفرع له، وواضح ان القياس يفترض استعمال نص تشريعي لإستخلاص حكم منه[3].

لذلك فالقياس يحتل مكاناً وسطاً بين طرق تفسير القانون وطرق انشائه(أي مصادره) وله طبيعة مزدوجة وهو وسيلة من وسائل سد النقص في التشريع، ويستعين به القاضي في الحالات التي ينعدم فيها النص.

---

(1) د. ضياء شيت خطاب، فن القضاء، مصدر سابق، ص73.

(2) نقلا عن محمد احمد رمضان، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية، مصدر سابق، ص143.

(3) د. عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، مصدر سابق، ص214.

بعد ان تبين ان القياس وسيلة لسد النقص في التشريع، يثور سؤال حول الموقع الذي يحتله القياس من بين المصادر الرسمية للقانون المدني؟ للإجابة عن هذا السؤال فإن الفقه اختلف حول الموقع الذي يحتله القياس الى ثلاثة اراء:

الرأي الاول: هناك من يرى بأن استخدام القاضي للقياس يأتي بعد التشريع والعرف وقبل مبادىء الشريعة الاسلامية، ويبرر ذلك بقوله[1]: (ان المشرع لم يقصد بأضافة مبادئ الشريعة الاسلامية الى مصادر القانون الرسمية وبأيجاب الرجوع اليها قبل القانون الطبيعي وقواعد العدالة، تقديمها على القياس، لانه كان اما واقعاً تحت تأثير الاعتقاد بأن القياس يدخل في تفسير التشريع ويعد متمماً له ويأتي بهذه الصفة معه في الترتيب، أي قبل مبادئ الشريعة الاسلامية، وإما انه بعد ان اعتبر القياس مصدراً متميزاً عن التشريع وادخله ضمن عبارة القانون الطبيعي وقواعد العدالة، قد سهى عليه انه عندما اضاف مبادئ الشريعة الاسلامية الى المصادر الرسمية للقانون، اذ سبق ان اعتبر القياس داخلاً ضمن مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وعلى كل حال فأن قصد المشرع يمكن الاستدلال عليه من تقديمه التشريع والعرف على ماعداهما بأعتبار ان احكامهما ثابتة محدودة، وعند اعتبار القياس مصدراً متميزاً عن التشريع، تعين القول بتقديمه على مبادىء الشريعة الاسلامية لانه يرتكز على اساس ثابت من التشريع كما ترتكز هذه المبادىء على اساس ثابت من الفقه الاسلامي).

الرأي الثاني: يرى بأن القياس ضمن الشريعة الاسلامية بعد التشريع والعرف، فالرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية يتضمن الرجوع الى القياس، وذلك لان القياس يعد من صميم مبادئ الشريعة الاسلامية[2].

---

[1] د. سليمان مرقس، المدخل الى علم القانون، مصدر سابق، ص383.

[2] د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مصدر سابق، ص340.

الرأي الثالث: يأتي القياس ضمن التشريع وقبل المصادر الاخرى كالعرف ومبادئ الشريعة الاسلامية، وذلك ان القياس الصق بالتشريع واكثر اتصالاً به، ويلجأ الى القياس بعد فقدان الحكم القانوني وعدم اسعاف لفظ النص وفحواه للوصول الى حل معين، فيلجأ القاضي عند ذلك الى تطبيق حكم حالة منصوص عليها في التشريع على حالة مشابهة لها في العلة، ولكن غير منصوص عليها في التشريع[1]، وذلك لانه في حالة عد القياس يلي العرف بالترتيب كما ذهب الى ذلك الرأي الثاني، فإنه من الممكن ان تحدث حالة لم ينص عليها التشريع، ولكن هناك حالة مشابهة لها في العلة منصوص عليها في ذلك التشريع الا انه سيصار وفقاً للرأي الثاني، الى تطبيق العرف لانه يسبق القياس في الترتيب. فإذا كان للعرف حكم في تلك الحالة يختلف عن حكم الحالة المشابهة لها والمنصوص عليها في التشريع فسنكون حينئذٍ امام حالتين متشابهتين في العلة"، الا ان حكم كل منها يختلف عن الاخر بحسب ماسينطبق عليها من تشريع اوعرف، لذلك يجب ان يصار الى القياس قبل الرجوع الى المصادر الاخرى اولاً لدفع التناقض الذي قد يحصل وثانياً لان الرجوع اليه يعد نوعاً من اعمال أرادة المشرع، والتي تضمنتها العلة المشتركة او حكمة التشريع التي يسعى الى تحقيقها او تفضيلها على ارادة الجماعة المتمثلة بالعرف[2].

ويبدو لنا ترجيح الاخذ بالرأي الاخير، وذلك لان يعد القياس وسيلة لسد النقص في التشريع، ففي حالة وجود نص قانوني لحالة معينة، يتوجب على القاضي

---

[1] محمد احمد رمضان، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية، مصدر سابق، ص146، أستاذنا د. عامر عاشور عبد الله، القياس في القانون المدني والفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص135.

[2] النعمان منذر الشاوي، اجتهاد القاضي فيما لانص فيه، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بغداد، 2000، ص412.

ان يلجأ الى القياس قبل المصادر الاخرى فيما اذا كان هناك نص قانوني معين يمكن تطبيقه على الحالة المعروضة عن طريق القياس لاشتراكهما في العلة،لانه لايجوز للقاضي ان يلجأ الى المصادر الاخرى للقاعدة القانونية الا اذا استنفذ سبيل الوصول الى الحكم من المصدر الاول (التشريع) بكل وسائل التفسيربما فيها القياس[1].

الفرع الثاني

موقف القانون المدني والقضاء العراقيين من القياس

على الرغم من ان المشرع العراقي لم يتبع مسلك بعض التشريعات من الاخذ بالقياس بالنص الصريح في المواضع التي اشار فيها الى مصادر القانون[2]، الا ان القضاء العراقي له تطبيقات عدة للقياس، لذلك نحاول في هذا الفرع ان نبين موقف القانون المدني العراقي من القياس في اولاً: ومن ثم نورد بعض التطبيقات القضائية المهمة للقياس ثانياً.

اولاً: موقف القانون المدني العراقي من القياس

تنص المادة(3) من القانون المدني العراقي على انه: (مايثبت على خلاف القياس فغيره لايقاس عليه)[3]، هذه المادة نقلها المشرع العراقي من المادة (15) من

---

(1) د. حسن حرب اللصاصمة، دراسات في المدخل للعلوم القانونية، مصدر سابق، ص104.

(2) ومن امثلة هذه التشريعات، القانون المدني النمساوي الذي نصت المادة الاولى منه على: (لو تعذر الفصل في واقعة خاصة طبقاً للنص او للمفهوم الطبيعي للتشريع، وجب حينئذٍ الرجوع الى الحالات المشابهة التي اورد القانون بشأنها حكماً واضحاً) وكذلك تنص المادة (3) من القانون المدني الايطالي على انه: (اذا لم يجد القاضي حكماً دقيقاً في القانون للمسألة المتنازع عليها فعليه ان يحكم فيها بما نص عليها في نظائرها، فأذا خفي القياس فعليه ان يقضي بمقتضى المبادئ القانونية العامة)، نقلاً عن محمد احمد رمضان، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية، مصدر سابق، ص146.

(3) تقابلها المادة(221) من القانون المدني الاردني والتي تنص على انه: (ماثبت على خلاف القياس فغيره لايقاس عليه) لذا فقد ذهب فقهاء القانون المدني الاردني الى ان القانون المذكور اجاز القياس انطلاقاً من مفهوم المخالفة لهذه المادة، كما ان القانون المدني الاردني اوجب في المادة (3) منه على--

مجلة الاحكام العدلية[1]، وان المقصود بهذه المادة هو عند اعطاء واقعة معينة حكماً استثنائياً على خلاف مقتضى الاحكام العامة السارية على امثاله، لحكمة خاصة به، فمثل هذا لايقاس عليه غيره، أي ان القاعدة الاستثنائية التي تشذ عن المبادئ العامة، لايجوز التوسع في تطبيقها على الحالات المشابهة للحالة التي وردت بشأنها هذه القاعدة الاستثنائية[2].

فالشفعة تثبت على خلاف القياس، لانها تؤدي الى تملك الشفيع للعقار المشفوع جبراً على المشتري، وتملك ملك الغير بدون رضاه غير جائز في الاصل، لان الاصل هو الرضائية، لذلك لايقاس على الشفعة صورة اخرى من صور التملك بدون التراضي[3]. وان موقف المشرع العراقي من القياس غير واضح، فهو لم يسكت حيال القياس ويدع امره الى الفقه ولم يأت بقاعدة ايجابية تبيح الاخذ به وأنما صاغ قاعدة سلبية وسكت عن الاصل، ولو اراد المشرع اعتبار القياس مصدراً للأحكام يجب العمل بما دل عليه، لكان نص صراحة في المادة الاولى من القانون المدني التي خصصها لتعداد المصادر التي يرجع اليها القاضي في استنباط

==الرجوع الى الفقه الاسلامي في تفسير القانون وطالما ان الفقه الاسلامي قد اجاز القياس، فاز للقاضي الاردني القياس في المسائل المدنية، ماعدا القياس على المستثنى، فلايقاس عليه لانه لايجوز التوسع في تفسيره، ولان ماجاء خلافاً للأصل العام هو بمثابة منحة يقتصر بها على مواضع منحها للمزيد انظر د. عباس الصراف ود. جورج حزبون، المدخل الى علم القانون، مصدر سابق، ص75 ومابعدها مع ملاحظة عدم وجود مايقابل هذه المادة في القانون المدني المصري.

(1) للمزيد في شرح هذه المادة انظر سليم رستم باز، شرح المجلة، ج1، دار احياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة طبع، ص26، ومنير القاضي، ملتقى البحرين في شرح القانون المدني العراق، مصدر سابق، ص13.

(2) د. محي هلال السرحان، القواعد الفقهية ودورها في اثراء التشريعات الحديثة، بدون مكان طبع، 1987، ص65.

(3) تنص المادة (1128) من القانون المدني العراقي على انه: (الشفعة حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة)، تقابلها المادة (935) من القانون المدني المصري والمادة (1150) من القانون المدني الاردني.

الحكم، ام ان المشرع العراقي اراد الاخذ بالقياس بدلالة نهيه عن الاخذ به في حالة معينة فقط عندما تشذ القاعدة الاستثنائية من المباديء العامة فلا يجوز القياس عليها في الحالات المشابهة الاخرى[1].

يتبين مما تقدم واستناداً لمفهوم المخالفة لنص المادة(3) من القانون المدني العراقي بأن المشرع العراقي كقاعدة عامة اجاز الاخذ بالقياس، وذلك عند تطبيق حكم حالة منصوص عليها في التشريع على حالة اخرى مشابهة لها في العلة، ولكن غير منصوص عليها في التشريع أي قياس حالة ورد بشأنها نص على حالة لم يرد بشأنها نص لاشتراك الحالتين في العلة، واستثناءً لايجوز الاخذ بالقياس وذلك عندما تكون هناك قاعدة استثنائية واردة على خلاف الاصل (المباديء العامة) فلا يجوز القياس عليها والتوسع في تطبيقها على الحالات المشابهة.

ثانياً: التطبيقات القضائية للقياس

سبق وان رأينا ان المشرع العراقي على الرغم من ان موقفه كان مرتبكاً حيال القياس، الا ان القضاء العراقي له تطبيقات عدة في هذا المجال، حيث قضت مجكمة التمييز في قرار لها الى انه، بالنظر لعدم تنظيم القانون المدني لاحكام عقد التوريد، لذا فأنه يقاس على عقد البيع[2].

(وقضت في قرار اخر لهَا الى ان احتساب التعويضَ في الدعوى المميزة بالقياس على ماجاء في الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القرار رقم (636) لسنة 1972 الخاص بأستبدال العرصات الوقفية المؤجرة بالأجارة الطويلة)[3].

---

(1) أستاذنا د. عامر عاشور عبد الله، القياس في القانون المدني والشريعة الاسلامية، مصدر سابق، ص137.

(2) قرار رقم 402/ مدنية اولية/979 في 1981/4/4 نقلا عن ضياء شيت خطاب، فن القضاء، مصدر سابق، ص74.

(3) قرار رقم 565/ هيئة عامة/979 في 1981/5/10 نقلا عن ضياء شيت خطاب، فن القضاء، مصدر سابق، ص74.

وفي قرار لمحكمة تمييز اقليم كوردستان العراق، ولعدم ورود نص قانوني حول أتعاب المحاماة في الدعاوى غير المقدرة القيمة في قانون المحاماة النافذ في الاقليم رقم (35) لسنة 1999 المعدل، فقد قامت المحكمة المذكورة بتقدير أتعاب المحاماة بالقياس على ماجاء في المادة (63/ثانياً) من قانون المحاماة رقم (73) لسنة (1965) المعدل[1].

وفي قرار اخر قضت محكمة التمييز الاتحادية، بأن عقود المناقصات يقتضي قياسها بالاحكام العامة للعقود الواردة في القانون المدني، وفيما يأتي نص القرار[2]: (وجد ان الحكم غير صحيح ومخالف للقانون وذلك هنالك فرق بين المزايدات والمناقصات، فالمزايدات ينظمها قانون خاص بها وهو قانون بيع وايجار اموال الدولة اما المناقصات فلا ينظمها قانون خاص وانما توجد بعض التعليمات المتعلقة الصادرة من الوزارات المعنية والتي لم ترق الى مستوى القانون وبالتالي فأن المناقصة يقتضي قياسها بالاحكام العامة للعقود الواردة في القانون المدني).

---

(1) نقلا عن عبدالله علي الشرفاني، المبادئ القانونية في قرارات محكمة تمييز إقليم كوردستان، أربيل، 2007، ص140.

(2) قرار رقم 80 / مدنية اولي/2007 في 2007/10/7، المحامي علاء صبري التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، مصدر سابق، ص196.

المطلب الثاني

التفسير المتطور للقانون

تنص المادة (3) من قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 والمعدل بالقانون رقم 46 لسنة 2000 على: (الزام القاضي بإتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه)[1].

ولعل ورود المادة اعلاه في قانون الاثبات، له مدلول خاص وذلك لما للقانون اعلاه من اهمية خاصة، اذ ان الحق موضوع التقاضي يتجرد من كل قيمة لـه، اذا لم يقم الدليل على الحادث الذي يستند اليه، فالدليل هو قوام الحق، ومعقد النفع فيه، حتى صدق القول بأن الحق مجرداً عن دليله يصبح عند المنازعة فيه والعدم سواء[2].

بناءً على ماتقدم نحاول في هذا المطلب ان نتطرقّ الى المقصود بالتفسير المتطور للقانون والحكمة من التشريع،ومن ثم نتناول المستلزمات المطلوبة لهذا النوع من التفسير ومظاهر تطبيقه، عليه فأننا سنوزع هذا المطلب على الفرعين الاثيين:

الفرع الاول: المقصود بالتفسير المتطور للقانون

الفرع الثاني: مستلزمات التفسير المتطور للقانون ومظاهر تطبيقه

---

(1) مع ملاحظة عدم وجود مايقابل هذه المادة في قانون الاثبات المصري رقم (25) لسنة 1968 وكذلك قانون الاثبات الاردني رقم (72) لسنة 1951، وبصدد المادة اعلاه يرى استاذنا د. عباس العبودي بحق ان هذه المادة لاتعد مبدأ جديداً في قانون الاثبات فحسب، وانما تصلح ان تكون في الواقع ديباجة لكل القوانين بشكل عام، للمزيد انظر استاذنا د.عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات العراقي، مصدر سابق، ص46.

(2) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مصدر سابق، ص700.

الفرع الاول
المقصود بالتفسير المتطور للقانون

ان مبدأ التفسير المتطور للقانون يعد من احدث المبادئ في التفسير القانوني المعاصر، وتبرز اهمية هذا المبدأ في الحالات التي يتوسع فيها دور القاضي في فصل النزاع في الدعوى المنظورة امامه، فالنصوص القانونية حتى لو كملت صياغتها، فإنها تبقى دائماً قواعد عامة، وان تطبيقها على دعوى معينة يعد عملاً من اعمال القاضي التفسيرية، لان القاضي يفسر النص ثم يطبقه.

والتفسير الذي استلزمه المشرع هو التفسير المتطور، والذي يقصد به ان يراعي القاضي الحكمة من التشريع والتي تظهر في تطبيق القانون، لاتلك الحكمة التي تصورها المشرع عند وضع النص القانوني، لانه من المحتمل جداً ان تتغير الحكمة التشريعية من النص مع الزمن[1].

ان المقصود بحكمة التشريع[2]، هي الغاية التي قصد النص تحقيقها، أي المصالح التي قصد المشرع حمايتها، والاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والاخلاقية التي دعت[3] اليه، فحكمة التشريع تعين في الكشف عن

---

(1) استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات العراقي،مصدر سابق، ص48، كذلك انظر:
Boris starck، Intro duction Au droit،Henri Rolad Boyer،1988،p0 310.

(2) يقابل هذا المصطلح لدى فقهاء اصول الفقه مصطلح (المصلحة) والتي هي عبارة عن منفعة مادية او معنوية دنيوية او اخروية، يجنيها المكلف من عمله وهي ترادف الحكمة المقصودة من تشريع الحكم من الشارع راجع د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص141 ويرى الدكتور عبد الكريم زيدان ان معرفة مقاصد الشريعة امر ضروري لفهم النصوص الشرعية على الوجه الصحيح، ولاستنباط الاحكام من ادلتها على وجه مقبول، فلا يكفي ان يعرف المجتهد وجوه دلالات الالفاظ على المعاني، بل لابد من معرفة اسرار التشريع والاغراض العامة التي قصدها الشارع من تشريعه الاحكام المختلفة حتى يستطيع ان يفهم النصوص ويفسرها تفسيراً سليماً، للمزيد انظر د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، مصدر سابق، ص378.

(3) د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، ج1، مصدر سابق، ص441.

معنى النص التشريعي، اذ ان القاضي يجب ان يستعين بالغاية من النص او حكمته في الكشف عن معناه، وعلى ذلك يجب ادراك الحكمة التشريعة من النص، للتعرف على المصالح التي يراد منه حمايتها، والمساوئ التي يراد تجنبها، والغاية السياسية او الاجتماعية او الاقتصادية او الاخلاقية التي يرمي الى تحقيقها.

كما ان التعرف على حكمة التشريع تفيد كثيراً ليس في توضيح النص الغامض فقط، وانما في ايجاد الحلول لبعض الحالات غير المنصوص عليها[1].

ويذهب جانب من الفقه[2] بصدد حكمة التشريع الى ان كل نص تشريعي ينبغي ان يعيش في البيئة التي يطبق فيها، ويحيا بصورة توثق صلته بما يحيط به من ملابسات وما يخضع له من مقتضيات، فينفصل انفصالاً تاماً عن المصدر التاريخي الذي اخذ منه اياً كان هذا المصدر، وعلى القاضي عند تطبيق النص او تفسيره، ان يعد هذا النص قائماً بذاته، منفصلاً عن مصدره فيطبقه ويفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ولما يتسع له من حلول تفي بحاجات البلد وتساير مقتضيات العدالة.

فالنصوص القانونية ينبغي ان تفسر، بحيث يلائم محتواها ماطرأ من تغييرات على ظروف الحياة التي وضعت من اجلها تلك النصوص، فالاوضاع الجديدة يلزمها قواعد جديدة، فإذا كان النص لازال نافذاً، فيتعين على القاضي ان يلائم بين النص النافذ وبين ماطرأ على الحياة من ظروف جديدة، وبهذا التفسير يصبح للقاعدة القانونية في تطبيقها الحالي، مضمون اوسع مما كان لها في ذهن المشرع عند وضعها[3].

---

[1] د. عبد المنعم فرج الصدة، اصول القانون، مصدر سابق، ص310.

[2] د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، مصدر سابق، ص82.

[3] المحامي محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات، مطبعة شفيق بغداد، 1983، ص30.

وحيث ان النص القانوني، هو الوسيلة الى معرفة حكمته التشـريعية، فعلـى القاضي تقدير الغاية او الهدف العملي من القاعدة القانونية، فما من قاعدة قانونية الا وتجد منبعها في هدف محدد وباعث عملي[1]، لذلك ينبغي على القاضي ان يسـتلهم الحاجات التي من اجلها وضع النص القانوني لاشباعها، فالقـانون هدفـه تحقيـق مطالب اقتصادية وسياسية واجتماعية للجماعة، وعلى القاضي دراسة هذه الحاجات والمطالب دراسة دقيقة وعميقة، فالتفسير يبحث مطالب الحياة العمليـة والحقـائق الاجتماعية[2].

وقد جاء في قرار لمحكمة استئناف ذي قار بصفتها التميزيـة[3]: (ان اقـدام المؤجر بمحض مشيئته ببيع داره التي يشغلها والصالحة لسكناه مع عائلته لغـرض تخليه الدار المستأجرة، لاتعنيه الفقرة (17) من قانون تنظيم ايجار العقـار لسـنة 1979، ولا تستقم مع الحكمة من التشريع والتي الزمت المادة الثالثة مـن قـانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 القاضي بأتباع التفسير المتطور للقـانون ومراعـاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه، وبما ان القرار جانب التفسير السليم للنص القانوني مما اخل بصحته، قرر نقض القرار المميز).

ومن الجدير بالذكر هنا الى انه ينبغي التمييز بين حكمة التشريع مـن جهـة والمناسبة التشريعية من جهة اخرى، فالمقصود بالاولى كما بينا سابقاً هي مقصـد المشرع من وضع تشريعه وهي المصلحة الاقتصادية او السياسية او الاجتماعيـة أوالاخلاقية التي رمى المشرع الى تحقيقها من وراء هذا النص.

---

(1) د. ثروت انيس الاسيوطي، نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها، مطبعة جامعة عـين شـمس، القـاهرة، 1967، ص93.

(2) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مصدر سابق، ص522.

(3) رقم القرار 137 /الاستئنافية/ 980 في 1980/5/26، نقلا عن ضياء شيت خطـاب، فـن القضـاء، مصدر سابق، ص69.

اما المقصود بالمناسبة التشريعية، هي المناسبة التي ادت الى وضع النص القانوني[1]، فقد يصدر قانون لمعالجة ظرف اقتصادي او اجتماعي معين، فهذا الظرف هو المناسبة التشريعية التي ادت الى وضع النص القانوني، لذا فلا يمكن استخدام هذه المناسبة في تحديد هدف ذلك التشريع، لان مناسبة تشريع نص معين تكون خاصة بواقعة معينة حدثت، ولكن في المآل فأن هذا النص سوف يطبق على حالات اخرى مشابهة[2]، فعلى سبيل المثال ان تحديد سن الزواج قاعدة عامة ولاعبرة بخصوصيات الواقعة او الوقائع التي كانت سبباً في تشريعها[3].

تبين مما تقدم ان المشرع الزم القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه، وذلك لانه من الاحتمالات المتوقعة الحدوث جداً، ان تتغير الحكمة التشريعية (الغرض من النص) مع مرور الزمن، فالقاضي الذي يفسر نصاً وضع منذ زمن، يتعين عليه ان يبحث عن اساسه العقلي في الوقت الذي يفسره فيه، فقد يحدث ان توضع قاعدة من اجل غاية معينة، تستهدف بعد ذلك تحقيق غاية اخرى، فالحكمة التشريعبة هي القوة الحية المتحركة التي تبعث في النص الحياة مادام النص نافذاً، وبذلك يستطيع النص ان يكتسب مع الزمن معنى جديداً، او ينطبق على حالات جديدة[4].

هذا المبدأ هو اساس مايسمى بالتفسير المتطور، ومقتضاه أنه يجب تفسير النصوص بحيث يوائم مضمونها ماطرأ من تغيرات على ظروف الحياة التي

---

(1) د. عصمت عبد المجيد، اصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص91.

(2) ان فقهاء اصول الفقه الاسلامي يميزون بين المناسبة التي اقتضت نزول الحكم، وبين سريانه بصفة عامة ومطلقة، فلا اعتبار لخصوص السبب الذي جاء الحكم بناء عليه، سواء أكان السبب واقعة حدثت ام سؤالاً، فالعبرة بعموم اللفظ لابخصوص السبب للمزيد من التفصيل راجع د. عبد الكريم زيدان الوجيز في اصول الفقه الاسلامي، مرجع سبق ذكره، ص58، ود.عصمت عبد المجيد اصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص91.

(3) المادتين السابعة والثامنة من قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل.

(4) استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات العراقي، مصدر سابق، ص48.

وضعت من اجلها تلك النصوص فالاوضاع الجديدة يجب ان تواجهها قواعد جديدة، وحيث ان النص لايزال نافذاً، فأنه يتعين على القاضي ان يوائم بين النص النافذ وبين ظروف الحياة الجديدة، وبهذا يمكن ان يكون للقاعدة في تطبيقها الحالي مضمون اوسع مما كان لها في ذهن المشرع[1].

الفرع الثاني

مستلزمات التفسير المتطور للقانون ومظاهر تطبيقه

بالنظر للتطور الكبير والمستمرالتي تشهدها المعاملات المدنية والتجارية في الوقت الحاضر، فقد أصبحت التشريعات الحالية أمام مشكلة حقيقية تتمثل في عدم قدرتها على مسايرة التطورات المستمرة، لذلك منحت هذه التشريعات سلطة واسعة للقاضي في الاخذ بمبدأ التفسير المتطور للقانون،وأصبح هذا المبدأ امراً واقعاً لايمكن الاستغناء عنه[2].

الا ان الاخذ بهذا المبدأ والزام القاضي به، يستلزم من القاضي الذي يقوم بالتفسير المتطور أن يراعي جملة أمور، لذلك نحاول في هذا الفرع ان نتناول مستلزمات التفسير المتطور للقانون، ومن ثم ولأهمية الموضوع نبحث في مظاهر تطبيق هذا المبدأ لدى القضاء،وعلى النحو الاتي:

اولاً: مستلزمات التفسير المتطور للقانون

يفترض في القاضي الذي يقوم بالتفسير المتطور للقانون، أن تتوافر فيه جملة معطيات وأن يراعي أموراً معينة، نحاول ان نتناولها وعلى النحو الاتي:

1- أن يكون القاضي مزوداً بثقافة قانونية شاملة وذو دراية بالمنطق القضائي:

ان تزود القاضي بالثقافة القانونية الشاملة، سوف يسأعده على الاجتهاد في تطبيق النصوص القانونية على القضايا المطروحة عليه، وهذا الامر يتطلب منه أن

---

(1) د. ادم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، مصدر سابق، ص52.

(2) د. صالح محسوب السوابق القضائية وورودها في الاستقرار القضائي، مصدر سابق، ص10.

تكون له معرفة شاملة باللغة العربية وأساليبها وعباراتها، ذلك أن النصوص التشريعية قد يعتري بعضها القصور عند تطبيقها، فقد تتضمن هذه النصوص اغلاطاً مادية او لغوية، فيستعمل فيها لفظ في غير محله او يسقط منها حرف او كلمة سهواً، فيبرز هنا دور القاضي في إصلاح الخلل الذي اصاب النص المعيب، وذلك بتفسيره تفسيرا متطوراً بما يتلاءم والحكمة من إصداره[1].

لذلك فإنه ينبغي على القاضي ان يكون متمكناً من العلوم القانونية ومعرفة تطبيقها، وأن يكون ايضاً واسع الاطلاع على العلوم الاخرى لاسيما المنطق القانوني والمنطق القضائي.

والمقصود بالمنطق القانوني، هو الذي يبين الصلة بين علم المنطق وبين القانون، ويبحث في نشأة القاعدة القانونية وتفسير وتطبيق القاضي لها عند الفصل في النزاع المعروض عليه، فالمنطق القانوني يركز على النظريات المجردة ودون أن يأخذ بالاعتبار الجانب الانساني الذي تطبق عليه أوامر القانون ونواهيه[2].

أما المنطق القضائي، وهو الذي يبين الصلة بين علم المنطق وبين القضاء، فهو يعمل على صياغة الحكم القضائي في حالة محددة، مما يثبت لديه من وقائع الدعوى، وهو يختلف عن المنطق القانوني، في أن الثاني يقتصر مجاله على بحث كل مايتصل بالقانون وحده، على عكس المنطق القضائي الذي يتصل بالواقع والقانون معاً، إذ ان الحل القانوني لابد أن يتلاءم مع وضع قانوني معين، فعمل القاضي ليس تطبيقاً مجرداً للقانون، بل هو حل مركب من الواقع والقانون[3].

---

(1) استاذنا د. عباس العبودي، مدى سلطة القاضي المدني في التفسير المتطور للقانون، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، العدد الثامن، أذار، 2000 ص50.

(2) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المنطق القانوني (قسم التصورات) بدون سنة الطبع والناشر، ص7.

(3) استاذنا د. عباس العبودي، المنطق القانوني، محاضرات القيت على طلبة المرحلة الثانية، كلية القانون، جامعة كركوك، للعام الدراسي 2000/2001، ص5.

لذلك فأن سلطة القاضي في استخلاص الواقعة محل الدعوى ليست مطلقة، بل مقيدة بأن يكون تقديرها في ذلك متصفاً بالمنطقية – ويكون التقدير منطقياً متى استلهم الاصول والضوابط المنطقية بأن تكون المقدمات مؤدية الى النتيجة التي خلص اليها الحكم[1].

2- استعانة القاضي بالتفسير الفقهي للقوانين:

التفسير الفقهي كما بينا سابقاً يقصد به المؤلفات والابحاث والدراسات التي يكتبها اساتذة القانون في شرح احكام القانون، وهذا التفسير يعتمد في الغالب على قواعد المنطق القانوني وبيان الحكمة التي توخاها المشرع من وضعه للنص القانوني، وتوجيه المشرع الى مايجب ان يكون عليه التشريع في المستقبل[2]. والتفسير الفقهي يساعد القضاة في تفسير النصوص القانونية تفسيراً سليماً ينطبق على القضايا التي تعرض امام القاضي، ذلك أن مهام القاضي الوظيفية لاسيما في الوقت الحاضر، قد تمنعه في أغلب الحالات من الدراسة النظرية للقوانين المختلفة ويكون في هذه الحالات مضطراً الى الاخذ مباشرة من مؤلفات الفقه في القانون والتي تبحث في تأصيل قواعد القانون وأحكامه، أذ أن النظريات العامة في أي نظام قانوني ماهي الا من خلق وعمل الفقه القانوني[3].

3- منح القاضي دوراً ايجابياً في تفسير القانون:

تقديراً من المشرع لأهمية وخطورة الدور الذي يقوم به القاضي، فهو يضطلع بأهم مشكلة تهم الانسان في حياته، الا وهي قضية العدل، وأن عمل القاضي في تحقيق العدل الحقيقي وليس الشكلي يستدعي من المشرع ان يمكنه من

---

[1] د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص974.

[2] استاذنا د. محمد سليمان الاحمد، فكرة التطور القانوني بين تبدل القانون وتغير الواقع، مصدر سابق، ص110.

[3] استاذنا د. عباس العبودي، مدى سلطة القاضي في التفسير المتطور، مصدر سابق، ص53.

ذلك وييسره له، بأن يمد يد المعونة الى الاشخاص الذين يلجئون اليه للدفاع عن حقوقهم[1]، لذلك فأن منح القاضي دورا ايجابياً يساعده كثيراً في تفسير القانون والوصول الى الحكم العادل في النزاع المعروض عليه وقد نص قانون الاثبات العراقي في المادة الاولى منه على (توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى ومايتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولا الى الحكم العادل في القضية المنظورة).

لذلك فإن على القاضي ان يفسر النص القانوني تفسيراً مرناً بعيداً عن الجمود، عند فهمه هدف المشرع وعلة النص والحكمة منه وبذلك يكون تفسيره قريباً من العدل واحقاق الحق.

وفي هذا المجال يقول جانب من الفقه: (اقامت المحاكم شيئاً فشيئاً بناءً خاصا من القواعد القانونية وفقهاً يكمل ويثري العمل التشريعي ويعدله دون ان تخرج عن نطاق اختصاصها التفسيري، وإن غياب هذه الثروة الدائمة من قضاء المحاكم، سيجعل القوانين تشيخ ويلحقها الذبول والجفاف، حتى انها لن تنجو حين تكاد تلفظ النفس الاخير الا بتأثير هذا الدم المتدفق[2]).

4- الاستعانة بالقرارات الصادرة من محكمة التمييز عند قيام القاضي بالتفسير المتطور:

ان القاضي حينما يقوم بعملية التفسير المتطور يجب عليه زيادة على ماسبق، أن يستعين بالقراراتِ الصادرة من محكمة التمييز في القضايا المشابهة، ذلك ان محكمة التمييز يفترض في قراراتها أن تحتمل أعلى نسبة من الصواب في فهم وتطبيق القانون، ومن الناحية العملية فإن ماتقرره محكمة التمييز من قواعد تنزل

---

(1) د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص28.

(2) هنري كابيتان، دور القضاء في تطوير القانون ومهمة الفقه في دراسة الاحكام، ترجمة: عباس الصراف، مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين العراقين، العدد الثاني، مارس، نيسان،1957، ص215.

عند المتقاضين ولدى المحاكم الاخرى منزلة القانون في الاعتبار، فتتبعه كافة المحاكم وتسعى الى ان تجيء احكامها مطابقة لما أستقرت عليه هذه المحكمة حتى لاتتعرض احكامها للنقض[1].

ثانياً: مظاهر تطبيق مبدأ التفسير المتطور لدى القضاء العراقي

ان فكرة وجوب تطوير القانون مع تطوير المجتمع، يعد امراً صعباً على المشرع، إذ تستلزم منه ان يزداد تدخله في تعديل وتشريع القوانين، مما يؤدي الى زيادة عددها ويختل بذلك التوازن بين قواعده، فيعتريها الغموض والنقص، هنا يتجلى دور القاضي في تفسير هذه القوانين تفسيرا متطوراً يتلاءم مع هذا التطور، فيقلل بذلك من العبء الثقيل الملقى على عاتق المشرع، وهذا الامر يتطلب من القاضي أن لايفسر النصوص القانونية تفسيراً شكلياً، لان قيامه بذلك يؤدي الى فصل الشكل عن المضمون وعزل القانون عن المجتمع، لذلك يجب أن يعتمد على فهم الهدف الذي شرع من أجله النص القانوني[2].

فعلى سبيل المثال قد تظهر وسائل جديدة في الاثبات امام القاضي، كالسندات الالكترونية المستخرجة من وسائل الاتصال الفوري ومنها التلكس والفاكسر والانترنت[3]، ولا شك أن ترك هذه الوسائل الجديدة دون تنظيم قانوني يعد من المشكلات التي تواجه القضاة في المنازعات التي تقع بين الافراد عند ماتكون ادلتهم في الاثبات هي الوسائل المتقدمة، لأن القاضي يقف مقيداً أمام صرامة النصوص القانونية المتعلقة بالاثبات بالدليل الكتابي، والتي لاتسمح بإعطاء أية قيمة قانونية لهذه الوسائل في الاثبات، لذلك نتفق مع الرأي الذي يذهب الى جواز الاخذ

---

(1) ضياء شيت خطاب مصادر القانون المدني العراقي مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين، العدد الثاني، 1956، ص222.

(2) استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات العراقي، مصدر سابق، ص49.

(3) استاذنا د. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الاثبات المدني، دار الرسالة، عمان، 1997، ص20.

بالمفهوم الواسع للسندات سواء من ناحية الكتابة أو التوقيع وتفسيرها تفسيراً متطوراً وإعطائها حجية السندات العادية في الاثبات، وبذلك يسمح للقانون بمسايرة التطور التقني الهائل الذي وصلت الية أدلة الاثبات في الوقت الحاضر[1].

وهناك تطبيقات عدة لمبدأ التفسير المتطور من قبل القضاء العراقي، حيث (ردت محكمة التمييز الاتحادية الطعن التمييزي المقدم من قبل الادعاء العام في قضية طلاق، وأسست قرارها على أن الطعن بالتمييز من قبل الادعاء العام قد يؤدي بالنتيجة الى التفريق بين المتداعين مما يترتب على ذلك ليس حماية الاسرة وأنما هدمها وهذا يتناقض مع مهمة الادعاء العام والغاية التي من أجلها اجاز له المشرع في المادة 13/اولاً من قانون الادعاء العام رقم 159 لسنة 1979 المعدل في الحضور بدعوى التفريق ومراجعة طرق الطعن في الاحكام والقرارات الصادرة فيها ومتابعتها)[2].

وقضت محكمة تمييز إقليم كوردستان العراق في قرار لها الى عدم الاخذ بأقرار المدعي أمام قاضي التحقيق والذي يتنازل فيه عن طلب التعويض بحجة أنه لم يكن في ذلك الوقت في كامل قواه العقلية، مع ملاحظة أن الاقرار في قانون الاثبات يلزم المقر ولايجوز له الرجوع عنه[3]، وفيما يلي نص القرار[4]: (وجد أن المدعي أصيب بالكسر في الجمجمة اثناء قيادته الماكنة المجنزرة في منطقة كلي دهوك، وذلك لفتح ساحة لوقوف السيارات في دار ضيافة المحافظ وانه كان منسباً للعمل لدى المدعى عليه الثاني (وزير شؤون البيشمركة) بموافقة ولصالح المدعي

---

(1) استاذنا د. عباس العبودي، مدى سلطة القاضي المدني في التفسير المتطور للقانون، مصدر سابق، ص58.

(2) قرار رقم 2594/شخصية اولى/2009 في 2009/6/24، النشرة القضائية، العدد الثالث عشر، تموز،2010، ص12.

(3) تنص الفقرة الثانية من المادة(68) من قانون الاثبات العراقي على انه:(لايصح الرجوع عن الاقرار).

(4) قرار رقم 146/الهيئة المدنية/2001 في 2002/6/1، النشرة القضائية، العدد الخامس، شباط، 2009، ص14.

عليه الاول (محافظ دهوك) أضافة لوظيفتهما وحسب المستمسكات المرفقة بالدعوى وكان على المدعى عليهما أحاطة المدعي بمحاذير العمل في المنطقة لانحدارها وكذلك بالعطل في ماكنة البلدوزر والذي أدى الى توقفها ثم أنقلابها الى المنحدر، وحيث أن المدعي أجريت له عملية جراحية لفتح الجمجمة بعد ظهور اثار التخريبات في الجمجمة وبتاريخ لاحق على إفادته المدونة من قبل قاضي التحقيق الذي يقر فيه بعدم مطالبته بالتعويض.

وهذا الاقرار لايمكن الاعتداد به لأن المدعي بعد الحادث لم يكن في كامل قواه العقلية كما لم يكن يعلم بهول الحادث وجسامته الا بعد اجراء العملية الجراحية وفتح الجمجمة له، عليه يكون المدعى عليهما مسؤولين عن دفع التعويضات المدنيا استناداً لحكم المادة(231) مدني لانهما لم يتخذا الحيطة الكافية لمنع وقوع الحادث والضرر بالمدعي).

وفي قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية حيث (فسرت فيها القيد الوارد في المادة العشرين من قانون المحاماة على ممارسة مهنة المحاماة على انها تشمل الترافع وحضور المرافعات ولايشمل ذلك حق اقامة الدعوى وتقديم عريضتها)[1].

واخيراً ولأجل ان يقوم القاضي بدوره في التفسير المتطور للقانون على أكمل وجه، نرى أن يتم تعزيز الجهاز القضائي بالكوادر اللازمة كماً ونوعاً، وذلك بسبب قلة عدد القضاة ومساعديهم من الموظفين، قياساً على تزايد أعداد الدعاوى المنظورة، وهذا ما سيؤدي حتماً الى صعوبة تطبيق مبدأ التفسير المتطور للقانون إذ أن هذا العدد الكبير من الدعاوى يعد من الامور الصعبة والمحرجة للقاضي والتي تخرج عن حدود طاقته، مما يؤدي الى عدم دقة الإحكام التي يصدرها نتيجة لتفسيرها تفسيراً لايتلاءم مع التطور الحاصل في المجتمع.

---

[1] قرار رقم 11/إستئنافية منقول/2009 في 2009/1/21 النشرة القضائية، العدد الحادي عشر، اذار 2010، ص31.

البَابُ الثَّانِي

الدور الرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية

ويتألف من الفصول الآتية:

الفصل الاول: رقابة محكمة التمييز الاتحادية على خرق القانون والأحكام المتناقضة.

الفصل الثاني: الرقابة الإجرائية والموضوعية لمحكمة التمييز الاتحادية.

الباب الثاني

الدور الرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية
في نطاق الدعوى المدنية

إن الوظيفة الاساسية المنوطة بالقضاء هي فض المنازعات بين الاشخاص وفقاً لما يقضي به القانون، ولما كان القضاء يتكون من محاكم عدة، حسب الاختصاص المكاني والتوزيع والترتيب في السلم القضائي في البلد الواحد، ولاختلاف قابليات القضاة وقدراتهم على فهم وتطبيق القانون، فإن هذه المحاكم المتعددة قد تختلف فيما بينها في تحصيل الوقائع المتماثلة وفي تكييفها لها، وقد تختلف ايضاً في فهمها للقانون او تفسيرها ان كان غامضاً، لذلك فإن الامر يدعو الى وجود هيئة قضائية متخصصة متمثلة بمحكمة التمييز الاتحادية، تراقب تطبيق القانون وتحافظ على وحدة اعماله، وإن الفقه مجمع على ان هذه المحكمة لها وظيفة هامة وخاصة مضمونها مراقبة الاحكام التي تصدرها المحاكم، والمحافظة على الاعمال السليم للقانون، وضمان وحدة تفسيره[1]، وتقوم بذلك عن طريق فرض الرقابة القانونية القضائية على اعمال وقرارات المحاكم، فهي تعمل على تأكيد احترام القواعد الموضوعية والاجرائية من قبل محاكم الموضوع، لذلك فإن محكمة التمييز تقوم بوظيفتين اساسيتين هما[2]:

---

(1) استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص418، د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص379، د. سعدون ناجي القشطيني، شرح احكام المرافعات المدنية، مصدر سابق،ص373،د. نبيل اسماعيل عمر،الوسيط في الطعن بالنقض، مصدر سابق، ص12، د. عوض احمد الزعبي، اصول المحاكمات المدنية، ج2، مصدر سابق، ص872.

(2) Chiovenda، principil di droitto porocessuale civil،napoli،1923،p.897
اشار اليه د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مصدر سابق، ص703.

1- المحافظة على وحدة تفسير القواعد القانونية التي تطبقها المحاكم، وبهذا التفسير تتأكد وحدة القانون الذي تطبقه هذه المحاكم، ويتأكد عملياً مبدأ مساواة الافراد امام القانون.

2- مراقبة تطبيق المحاكم للقانون سواء كان من الناحية الموضوعية او الاجرائية، فمحكمة التمييز تراجع من جهة تطبيق القواعد الموضوعية للتأكد من وجود القاعدة القانونية وسلامة تطبيقها على وقائع الدعوى، بما يؤدي الى احترام كافة القواعد التي سنها المشرع، ومن جهة اخرى تتأكد من مراعاة المحاكم للقواعد القانونية التي تحكم نشاطها، أي تراقب تطبيق القواعد الاجرائية، وهذا ماسنتناوله في هذا الباب.

فضلاً عن ذلك فإن محكمة التمييز الاتحادية تمارس دوراً رقابياً يتمثل في الرقابة على الاحكام المتعلقة بالنظام العام، حيث تختص الهيئة الاستئنافية التي تنظر في المنقول والمنعقدة برئاسة نائب رئيس محكمة التمييز الاتحادية وعضوية اربعة من القضاة في الاقل بالبت بالطعون التي يقدمها رئيس الادعاء العام في مجال الطعن لمصلحة القانون بموجب احكام المادة(30) من قانون الادعاء العام رقم(159) لسنة 1979 والمعدل بالقانون رقم (7) لسنة 2000، إذا تبين لرئيس الادعاء العام حصول خرق للقانون في أي حكم او قرار صادر عن اية محكمة، عدا المحاكم الجزائية او في قرار صادر عن مدير عام دائرة القاصرين المختص او المنفذ العدل، من شأنه الاضرار بمصلحة الدولة او القاصر أو اموال أي منها او مخالفة للنظام العام، يتولى عندها الطعن في الحكم او القرار لمصلحة القانون على الرغم من فوات المدة القانونية اذا لم يكن احد من ذوي العلاقة قد طعن به[1].

[1] نظم المشرع المصري الطعن لمصلحة القانون في المواد(250-252) من قانون المرافعات المدنية والتجارية حيث خول بموجبه النائب العام الطعن بالنقض لمصلحة القانون في الاحكام الانتهائية الصادرة من المحاكم، ان كانت مبنية على مخالفة القانون او خطأ في تطبيقه او في تأويله اذا فوت الخصوم الطعن او نزلوا عن الطعن فيها او في الاحكام التي لايجيز القانون للخصوم الطعن فيها. ==

كذلك فأن محكمة التمييز تمارس الرقابة على الاحكام المتعلقة بالنظام العام من خلال التمييز الوجوبي للأحكام والقرارات الواردة في المادة(309) من قانون المرافعات المدنية[1]، حيث بينت حالة التمييز الوجوبي او التلقائي الذي يقع دون طلب من الخصم ويكون واجباً بقوة القانون، اذ لاتنفذ الاحكام والحجج المشمولة بالتمييز الوجوبي مالم تصدق من محكمة التمييز، حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية بنقض حكم أحيل اليها وفق المادة (309) وهذا نصه[2]: (ادعت المدعية لدى محكمة الاحوال الشخصية في مدينة الصدر بأن زوجها المدعو(ع) قد فقد منذ فترة طويلة وللمرافعة الحضورية بحق الطرفين فقد اصدرت المحكمة حكماً حضورياً بوفاته منذ تاريخ الحكم وأرسلت المحكمة الدعوى وفق المادة(309) من قانون المرافعات المدنية لمحكمة التمييز لإجراء التدقيقات التمييزية عليها. لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم الصادر غير صحيح حيث ان المحكمة لم تقم بتنبيه الزوجة بأن عليها الالتزام بالعدة الشرعية البالغة اربعة اشهر وعشرة ايام اعتباراً من تاريخ الحكم بوفاة زوجها المفقود وحيث ان هذا الاجراء يتعلق بالحل والحرمة ولأهميته قرر نقض الحكم وإعادة الدعوى الى محكمتها للسير فيها على وفق ماتقدم). وهناك حالة اخرى مهمة تمارس فيها محكمة التمييز الدور الرقابي على

== أما المشرع الاردني فقد تناول الموضوع في قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم(9) لسنة1961 المعدل في المادة(219) منه حيث جاء فيه ان الطعن بالنقض بأمر خطي هو طعن يقوم بموجبه رئيس النيابة العامة بعرض اضبارة دعوى مرفقة بأمر وزير العدل الخطي او طلب المحكوم عليه، وكان لم يسبق تدقيقها تمييزاً، ويطلب ابطال الاجراء او نقض الحكم او القرار المخالف للقانون، وان هذا الطعن غير محدد بميعاد، مع ملاحظة ان الطعن اعلاه يرد فقط على الاحكام الجزائية دون المدنية. للمزيد حول الموضوع راجع د. فاروق الكيلاني قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني والمقارن ج1، الفارابي للنشر، عمان، 90، ط2، ص717.

[1] مع ملاحظ عدم وجود مايقابل هذه المادة في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، وكذلك عدم وجودها في قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

[2] قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 924 /شخصية ثانية/ 2008 في 2008/6/10، النشرة القضائية، العدد الثاني، مجلس القضاء الاعلى، 2008، ص12.

الاحكام المتعلقة بالنظام العام الا وهي حالة الأحكام المتناقضة[1]، ذلك ان الاساس القانوني للنقض بسبب التناقض بين الاحكام يكمن في مخالفة حجية الاحكام التي حازت درجة البتات[2]، ولتعلق هذه الحجية بالنظام العام يجب على القاضي ان يتمسك به من تلقاء نفسه، ومن الممكن اثارة هذا الدفع حتى امام محكمة التمييز[3].

بناءً على ماتقدم فأننا سنقسم هذا الباب الى الفصلين الاتيين:-

الفصل الاول: رقابة محكمة التمييز الاتحادية على خرق القانون والاحكام المتناقضة

الفصل الثاني: الرقابة الاجرائية والموضوعية لمحكمة التمييز الاتحادية

---

(1) الفقرة الرابعة من المادة (203) من قانون المرافعات المدنية العراقية والمادة (249) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والفقرة الثانية من المادة (198) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

(2) المادة (105) من قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل، والمادة (101) من قانون الاثبات المصري رقم(25) لسنة1968 المعدل والمادة(41) من قانون البينات الاردني رقم (72) لسنة 1951 المعدل.

(3) الفقرة الثالثة من المادة(209) من قانون المرافعات المدنية العراقية والمادة (116) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والفقرة الاولى من المادة (111) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

الفصل الأول

رقابة محكمة التمييز الاتحادية على خرق القانون والأحكام المتناقضة

المبحث الأول: رقابة محكمة التمييز الاتحادية على خرق القانون.

المبحث الثاني: رقابة محكمة التمييز الاتحادية على الأحكام المتناقضة.

الفصل الأول

رقابة محكمة التمييز الاتحادية على خرق القانون والاحكام المتناقضة

ان رقابة محكمة التمييز الاتحادية على الاحكام المتعلقة بالمصلحة العامة والنظام العام يمكن ان نلاحظها من جانبين، الجانب الاول يتمثل في حالة حصول خرق للقانون من شأنه الاضرار بمصلحة الدولة او مصلحة القاصر أو اموال أي منهما او مخالفة النظام العام، يتولى عندها رئيس الادعاء العام الطعن في الحكم او القرار لمصلحة القانون على الرغم من فوات المدة القانونية اذا لم يكن احد من ذوي العلاقة قد طعن به ويكون الطعن امام الهيئة الاستئنافية التي تنظر في قضايا المنقول في محكمة التمييز الاتحادية.

اما الجانب الثاني فيتمثل في رقابة محكمة التمييز الاتحادية على الاحكام المتناقضة، وتندرج هذه الحالة ايضاً تحت مخالفة النظام العام، وذلك لانه كما بينا، ان الاساس القانوني للنقض بسبب التناقض بين الاحكام يكمن في مخالفة حجية الاحكام التي حازت درجة البتات، ولتعلق هذه الحجية بالنظام العام فعلى القاضي ان يتمسك به من تلقاء نفسه وهذا الدفع يمكن التمسك به لأول مرة حتى امام محكمة التمييز.

إذاً هنالك عدة اسئلة يجب الاجابة عنها:

فما المقصود بخرق القانون الذي من شأنه الاضرار بمصلحة الدولة او القاصر او في اموال أي منهما او مخالفة النظام العام؟، وماهي شروط الطعن في هذه الحالة واجراءات هذا الطعن؟ وكذلك ما المقصود بالاحكام المتناقضة،وماهي

شروطها وكيفية معالجتها؟ وعلاقتها بحجية الامر المقضي فيه، كل هذا سنحاول الاجابة عنه في المبحثين الآتيين:

المبحث الاول: رقابة محكمة التمييز الاتحادية على خرق القانون.

المبحث الثاني: رقابة محكمة التمييز الاتحادية على الاحكام المتناقضة.

المبحث الاول

رقابة محكمة التمييز الاتحادية على خرق القانون

لكي تقوم محكمة التمييز الاتحادية بدورها الرقابي في حالة حصول خرق للقانون في نطاق الدعوى المدنية، يجب على رئيس الادعاء العام ان يطعن في الحكم او القرار لمصلحة القانون اذا لم يكن احد من ذوي العلاقة قد طعن فيه[1]. فالطعن لمصلحة القانون هو نظام يهدف الى معالجة ما قد يشوب الاحكام والقرارات من اخطاء بنيت عليها عند صدورها، ويترتب عليها الاضرار بمصلحة الدولة او القاصر او اموال أي منهما او مخالفة النظام العام، ويتعذر معالجة الاخطاء وفق طرق الطعن التي حددها القانون لذلك سنتناول في هذا المبحث التعريف بالطعن لمصلحة القانون وشروط هذا الطعن واجراءاته، واخيراً الآثار المترتبة عليه.

المطلب الاول: تعريف الطعن لمصلحة القانون وشروطه

المطلب الثاني: إجراءات الطعن لمصلحة القانون والاثار المترتبة عليه

المطلب الاول

تعريف الطعن لمصلحة القانون وشروطه

نحاول في هذا المطلب ان نبين المقصود بالطعن لمصلحة القانون، والشروط الواجب توافرها في هذا الطعن، لذلك سنقسم هذا المطلب الى الفرعين الاتيين:

الفرع الاول: تعريف الطعن لمصلحة القانون

الفرع الثاني: شروط الطعن لمصلحة القانون

---

[1] المادة (30) من قانون الادعاء العام العراقي رقم (159) لسنة 1979 المعدل.

الفرع الاول

تعريف الطعن لمصلحة القانون

ان قانون المرافعات المدنية العراقي حدد في المادة(168)[1] منه طرق الطعن في الاحكام وقصر حق الطعن على من خسر الدعوى مالم يكن قد أسقط حقه فيه اسقاطاً صريحاً امام المحكمة او بورقة مصدقة من الكاتب العدل[2]. ولم يرد في طرق الطعن المذكورة في المادة اعلاه الطعن لمصلحة القانون، ولكن بصدور قانون الادعاء العام العراقي رقم(159) لسنة 1979 المعدل، وكان الغرض منه كما ورد في الاسباب الموجبة له، ابراز دور الادعاء العام الايجابي والفاعل بوصفه جهازاً لمراقبة المشروعية واحترام القانون،واذا كانت الوظيفة الاساسية للإدعاء العام هي السهر على الامن في المجتمع وحماية نظام الدولة،ورفع الدعوى الجنائية بإسمها في حالة الاعتداء على المجتمع، فإن علاقة الادعاء العام في الدعاوى المدنية هي علاقة محدودة في قانون الادعاء العام العراقي، اذ تتمثل في حضوره الجوازي في الدعاوى المدنية التي تكون الدولة طرفاً فيها وفي بعض دعاوى الاحوال الشخصية[3].

---

[1] تنص المادة(168) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه:(الطرق القانونية للطعن في الاحكام هي:- 1- الاعتراض على الحكم الغيابي، 2- الاستئناف، 3- اعادة المحاكمة، 4- التمييز، 5- تصحيح القرار التمييزي، 6- اعتراض الغير) مع ملاحظة ان طرق الطعن في التشريعين المصري والاردني هي نفسها بإستثناء عدم وجود الطعن عن طريق تصحيح القرار التمييزي، انظر المواد(211-273) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، والمواد(169-222) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

[2] مع ملاحظة عدم وجود مايقابل هذه المادة في قانون المرافعات المصري وكذلك عدم وجودها في قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

[3] تنص المادة(13) من قانون الادعاء العام على انه: (اولا: للإدعاء العام الحضور امام محاكم الاحوال الشخصية او المحاكم المدنية في الدعاوى المتعلقة بالقاصرين والمحجور عليهم والغائبين والمفقودين والطلاق والتفريق والاذن بتعدد الزوجات وهجر الاسرة وتشريد الاطفال، وأية دعوى اخرى يرى الادعاء العام ضرورة تدخله فيها لحماية الاسرة والطفولة)، وتنص المادة(14) من القانون اعلاه ==

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية على انه لايحق للإدعاء العام تمييز دعوى التفريق التي ردت لان هدف الطعن في احكام التفريق هو حماية الاسرة وليس هدمها وان تمييز مثل تلك الاحكام يتناقض مع المهمة الموكلة للأدعاء العام،وفيما يأتي نص القرار(1): (وجد ان المدعية (ش) طلبت التفريق من زوجها المدعى عليه (أ) للخلاف وفق المادة(41) من قانون الاحوال الشخصية، وان المحكمة قضت بالحكم برد دعواها وان المدعية قد ارتضت بهذا الحكم الا ان المميز نائب المدعي العام امام محكمة الاحوال الشخصية طعن بهذا الحكم وحيث ان الغاية والهدف النهائي من حضور الادعاء العام في دعاوى التفريق والدعاوى الاخرى الواردة في المادة 13/اولاً من قانون الادعاء العام رقم159 لسنة 1979 ومراجعة طرق الطعن في الاحكام والقرارات الصادرة فيها ومتابعتها هو حماية الاسرة وحيث ان الحكم برد دعوى التفريق المقامة من احد الزوجين على الاخر يترتب عليه بقاء العلاقة الزوجية قائمة ومستمرة بين المُتداعين وبذلك فإن الحكم المميز يؤدي الى حماية الاسرة وبخلاف ذلك فأن الطعن بهذا الحكم من قبل الادعاء العام قد يؤدي بالنتيجة الى التفريق بين المتداعيين مما يترتب على ذلك ليس حماية

== على انه: (اولاً: للادعاء العام الحضور في الدعاوى المدنية التي تكون الدولة طرفاً فيها والمتعلقة بحقوق مدنية ناشئة عن دعاوى جزائية لبيان اقواله ومطالعاته ومراجعة طرق الطعن)، والملاحظ ان حضور الادعاء العام هو امر جوازي غير ملزم وفي نطاق دعاوى محددة في حين ان المشرع المصري وفي قانون المرافعات المدنية والتجارية قد وسع من الحالات التي يتدخل فيها الادعاء العام في الدعاوى المدنية(المواد87-96) من القانون اعلاه، لأن هذا التوسع في دور الادعاء العام في القضاء المدني، وكما جاء في المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات المصري يستند كما اثبته العمل من ان القضايا التي يبدي فيها الادعاء العام رأيه، قلما يحيد الحكم عنها عن الصحة والحقيقة، وبهذا يتحقق سير العدالة)، ونحن نرى انه حَريّ بالمشرع العراقي ان يحذو حذو المشرع المصري وان يوسع من اختصاصات الادعاء العام في الدعوى المدنية، لما يترتب على ذلك من اهمية في حماية حقوق الافراد واصلاح حالات الخطأ في تطبيق القانون.

(1) قرار محكمة التمييز رقم 2594 /شخصية اولى/ 2009 في 2009/6/24، النشرة القضائية، العدد الثالث عشر، مجلس القضاء الاعلى، تموز، 2010، ص12.

الاسرة وانما هدمها وهذا يتناقض مع مهمة الادعاء العام، لذلك يكون الطعن التمييزي لاسند له من الشرع والقانون لذا قرر رده شكلاً).

والطعن لمصلحة القانون، هو نظام يجيز للإدعاء العام الطعن لدى محكمة التمييز في الاحكام لمصلحة القانون على الرغم من فوات المدة القانونية للطعن،وهذا النظام لم يتطرق اليه قانون المرافعات المدنية العراقي، ولكن كما اسلفنا جاء في قانون الادعاء العام، وكان الافضل ايراد هذا الطعن في قانون المرافعات المدنية، لان الطعن يتعلق بالدعاوى المدنية، ويجب وضع جميع الطعون في قانون واحد بدلاً من تشتتها في عدة قوانين.

إذاً الطعن لمصلحة القانون في القانون العراقي هو حق منحه القانون للإدعاء العام في التدخل بالطعن بالاحكام المدنية، اذا حصل فيها خرق للقانون وكان من شأنه الاضرار بمصلحة الدولة ومخالفة النظام العام، وذلك على الرغم من فوات المدة القانونية للطعن فيها[1].

وذلك لانه قد يعتري الاحكام والقرارات النهائية اخطاء قانونية لايمكن اصلاحها لعدم طعن الخصوم بها على وفق طرق الطعن والمواعيد المحددة قانوناً، لذلك فإن هذا الطعن يهدف الى اصلاح الاخطاء والغائها في الاحكام النهائية حفاظاً على وحدة تطبيق القانون، وكذلك حماية حقوق اشخاص هم عاجزين عن توفير الحماية لانفسهم اما بسبب البعد كالغائب او نقص في الاهلية كالصغير او الذي يعتريه عارض من عوارض الاهلية او لجهل مصيرهم كالمفقود، ويرفع هذا الطعن بموجب طلب موقع من قبل رئيس الادعاء العام.

والاصل ان دور الادعاء العام في الدعوى المدنية على وفق احكام قانون الادعاء العام العراقي لايعد خصماً اوطرفاً اصلياً في الدعوى،لانه لايشترك فيها بطرق الادعاء او الدفاع مدعياً او مدعى عليه، وانما يكون طرفاً منظماً يعمل في

---

[1] استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص455.

الدعوى بطريق ابداء الرأي طالما اقتصر دوره على الحضور او التـدخل، الا ان القانون اجاز للإدعاء العام حق التدخل لمصلحة القانون بوصـفه خصـماً اصـلياً، فيجوز له ان يبدأ المرافعة بصفته مدعياً ويجوز له ان يطلب رد القضاة طبقاً لقانون المرافعات بوصفه خصماً شأنه كسائر الخصوم، اما اذا كان طرفاً منضماً فلا يحق له طلب رد القضاة [1].

على انه اذا كان دور الادعاء العام في الطعن لمصلحة القانون يعـد بمثابـة الخصم الاصلي في الدعوى، فإنه من غير الممكن عده خصماً حقيقيـاً إذ يشـترط لقبول دعواه ان تكون له اهلية وخصومة (صفة) ومصلحة،ذلك ان الادعـاء العـام لايتدخل في الدعوى لتحقيق مصلحة ذاتية(شخصية) كمـا هـو شـأن الخصـوم والمنضمين اليهم، وهولايرد طلبات الخصوم على الدوام، وانما يسعى الى تطبيـق القانون تطبيقاً سليماً وتحقيق العدالة، والامر الاخر الـذي يمكـن ان يبعـد صـفة الخصومة الحقيقية عن الادعاء العام هو امكان رد عضوُ الادعاء العام بما يرد بـه القاضي، وهذا ماالخذ به القانون العراقي [2]، والخصم لايرد كما تقضي بذلك القواعد العامة.

وهناك من يرى [3] التفرقة بين الخصم الموضوعي والخصم الشكلي، فالادعاء العام هو خصم شكلي ويوجه طلبات الى الخصم الاخر لتنفيذها في حقـه، دون أن تكون لديه مصلحة خاصة شخصية في الدعوى ويسـعى جاهـداً للوصـول الـى تحقيقها، وقد استند هذا الرأي الى مركز الادعـاء العـام القـانوني فـي حمايـة المشروعية وابتعاد تصرفاته عن كافة الاغراض الشخصية، لان هدفه الوحيد هـو تحقيق الصالح العام، فضلاً عن ذلك أن الجو النفسي للدعوى بمعناها العام، وهـي

---

(1) غسان جميل الوسواسي، الادعاء العام في العراق، مركز البحوث القانونيـة، وزارة العـدل، بغـداد، 1988، ص52.

(2) المادة(67) من قانون الادعاء العام العراقي النافذ.

(3) د. محمد محمود ابراهيم، الوجيز في المرافعات، دار الفكر العربي، بيروت، 1983، ص155.

نزاع بين خصمين لايتوافق مع الدور الذي يقوم به الادعاء العام، لانه لايتصرف بوصفه طرفاً في نزاع سيعود عليه بمصلحة خاصة، وإنما يتصرف وفقاً لمقتضيات الصالح العام.

لذلك يمكن القول ان الادعاء العام ذو طبيعة خاصة ومركز قانوني مستقل، وأنه يحضر في الدعوى او يتداخل فيها ليقوم بمهمة اناطها به القانون بصفته وكيلاً عن الهيئة الاجتماعية، ويترتب على هذا المركز القانوني الخاص للإدعاء العام، أن القانون لايلزم حضوره في اثناء نظر الدعوى المدنية ويجوز له ان يطعن في الاحكام التي لم يتدخل فيها[1].

الفرع الثاني

شروط الطعن لمصلحة القانون

الاصل ان محكمة التمييز لاتقوم بوظيفتها الا بناءً على طعن من المحكوم عليه، ولكن بسبب ارتباط هذه الوظيفة بالمصلحة العامة التي يهمها عدم مخالفة المحاكم للقانون، فقد نظم المشرع طعناً بالتمييز من رئيس الادعاء العام، الهدف منه تكملة نشاط الخصوم اللازم لمباشرة محكمة التمييز لوظيفتها[2]. وهذا الطعن يستلزم ان يتوافر فيه الشروط الاتية:

اولاً: ان يكون الحكم المطعون فيه باتاً

الحكم هو القرار الصادر من محكمة مدنية مشكلة تشكيلاً صحيحاً في دعوى رفعت اليها طبقاً لقواعد قانون المرافعات، ويشترط في هذا الحكم ان يكون حكماً نهائياً باتاً، والاحكام النهاية الباتة هي الاحكام التي لايمكن الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن الواردة في القانون الا عن طريق اعادة المحاكمة اذا توافرت شروطها، ويكتسب الحكم درجة البتات في الحالات الآتية[3]:

---

(1) الفقرة اولاً من المادة(14) من قانون الادعاء العام العراقي.

(2) القاضي خالد سيد ناجي شاكر الهاشمي، الطعن في الاحكام لمصلحة القانون، مطبعة العبدلي، بغداد، 2010، ص36.

(3) صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص176.

1- اذا طعن في الحكم استئنافاً وتمييزا وتصحيحاً ورد الطعن وصدق الحكم.

2- اذا بلغ المحكوم عليه بالحكم ولم يطعن فيه.

3- اذا اسقط الخصوم بالاتفاق حقهم بالطعن.

ثانياً: ان يكون الحكم او القرار قد حصل فيه خرق للقانون

ان مصطلح خرق القانون وفي ظل قانون الادعاء العام قبل تعديله كان يتسم بالنقص والغموض، حيث ان المشرع العراقي وفي المادة(32/سادساً) من قانون الادعاء العام قبل التعديل كان قد خول المدعي العام امام محكمة التمييز رفع الطعن الى محكمة التمييز على الرغم من فوات المدة القانونية للطعن اذا لم يكن احد الاطراف قد طعن فيه، وكان في الحكم او القرار خرق للقانون، ويقتصر القرار الصادر بقبول الطعن على تصحيح الخطأ القانوني، الا انه من خلال تطبيق هذه المادة وجد ان هناك في النص غموضاً وقصوراً وتباينت الاراء في تفسيره[1]، ذلك لان النص لم يحدد مفهوم خرق القانون بدقة، ولأنه لم يفرق بين الدعوى المدنية والجزائية، ولأقتصار قبول الطعن على تصحيح الخطأ القانوني،دون التصدي لاثار الحكم او القرار المطعون فيه على الرغم من بطلانه، وهذه الاسباب دفعت المشرع الى اعادة النظر بأحكام النص المتقدم فعدلها بالقانون رقم(5) لسنة1987 قانون التعديل الاول لقانون الادعاء العام، الذي الغى الفقرة (سادساً من المادة(32) منه وأورد نصاً جديداً ضمنه المادة(30) المعدلة،والذي حصر حق الطعن لمصلحة القانون برئيس الادعاء العام في الاحكام والقرارات المشوبة بخرق القانون الصادر من اية محكمة عدا المحاكم الجزائية، وقد اوضحت الاسباب الموجبة للقانون رقم(5) لسنة 1987 ان المقصود(بخرق القانون): هو المخالفة للقانون التي ينتج

[1] للمزيد من التفصيل حول هذه الاراء والتفسيرات انظر كل من نظام الدين عبد المجيد محمد كلي، دور الادعاء العام، في طعن الاحكام والقرارات،جامعة صلاح الدين، اربيل،1986، ص108، ابراهيم الشاهدي، الطعن لمصلحة القانون، ج1، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1995، ص8، د. عدنان سدخان الحسن، دور الادعاء العام في مراقبة المشروعية، دار النهضة العربية، بيروت، 2009، ص171.

عنها ضرر جسيم يمس المصلحة العامة، مثل الاضرار بأموال الدولة ومخالفة النظام العام، كمخالفة قانون الاحوال الشخصية فيما يتعلق بالحل والحرمة.

ومع ان قانون الادعاء العام وكذلك قانون المرافعات المدنية العراقيين لم يوضحا المقصود بالقانون والذي يترتب على خرقه الحق في الطعن لمصلحة القانون، الا ان المادة الاولى من القانون المدني العراقي بينت المقصود بالقانون الذي على المحاكم ان تستند اليه في قضائها[1]، وهي النصوص التشريعة والعرف ومبادئ الشريعة الاسلامية وقواعد العدالة كما ان للمعاهدات حكم القانون في المسائل التي وضعت المعاهدة لتنظيمها، وذلك لان المعاهدة لكي تكون سارية المفعول يجب ان تمر بمراحل متعددة قبل ابرامها ومن ضمنها تصديق مجلس النواب عليها، لذلك فإنها تدخل في مفهوم (القانون) الذي يترتب على خرقه الحق في الطعن[2].

وإن خرق القانون اذا كان يؤدي الى ضرر بمصالح واموال الدولة يترتب عليه الحق للإدعاء العام في الطعن، وتطبيقاً لذلك ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الى انه اذا قدر الخبير قيمة الاضرار بصورة اجمالية دون تفصيل فيكون تقديره غير صالحاً للحكم عملاً بالمادة (140) من قانون الاثبات ولايجوز للمحكمة اعتمادة عند أصدار الحكم، حيث سنرى من خلال حيثيات القرار ان محكمة التمييز

---

(1) تقابلها المادة(1) من القانون المدني والمصري والمادة(2) من القانون المدني الاردني.

(2) وتجدر الاشارة الى ان تنفيذالمعاهدات داخل الدول الاطراف فيها يخضع الى القانون الداخلي لكل دولة، فهناك دول تنص دساتيرها على عد المعاهدات في حكم القانون بتمام ابرامها دون الحاجة الى تشريع داخلي، ومن هذه الدول الولايات المتحدة الامريكية وسويسرا، وهناك دول اخرى تنص دساتيرها على وجوب اتخاذ اجراءات تشريعية داخلية حتى تصبح المعاهدة سارية المفعول في المجال الداخلي، ومن هذه الدول النمسا والعراق حيث تنص الفقرة (رابعاً) من المادة(58) من دستور جمهورية العراق عام 2005 على اختصاص مجلس النواب في تنظيم عملية المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية بقانون يسن بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب، ومن ثم يصادق عليه رئيس الجمهورية او يعد مصادقاً عليه بعد مضي خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمها(م70/ثانيا) من دستور جمهورية العراق.

الاتحادية ذهبت الى ان مخالفة القواعد الاجرائية في اصدار الحكم كالتسبيب يترتب عليه خرقاً للقانون،ونورد في ادناه نص القرار[1]: (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن مقدم ضمن المدة القانونية المنصوص عليها في المادة 30/ ثانياً من قانون الادعاء العام رقم 159 لسنة1979 المعدل ولدى وضع الدعوى موضع التدقيق وجد ان المحكمة اعتمدت تقرير الخبير سبباَ لحكمها المطعون فيه، في حين ان هذا التقرير لايصلح ان يكون سبباً للحكم وفق مقتضيات احكام المادة(140/اولاً) من قانون الاثبات، لان الخبير القضائي قدر قيمة الاضرار التي اصابت المدعي بشكل إجمالي في حين كان يتطلب ان يكون التقدير بشكل مفصل وواضح ودقيق، مما يكون الحكم وفق ماتقدم قد احتوى على خرق للقانون بالمفهوم الوارد في احكام المادة 30/اولاً من قانون الادعاء العام من شأنه الاضرار بأموال ومصالح الدولة عليه قرر نقض الحكم وإعادة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق ماتقدم وإصدار حكم جديد فيها).

وفي حكم اخر (غريب من نوعه) صادر من محكمة بداءة البصرة وفيها يقيم الزوج (المدعي) دعوى ضد زوجته (المدعى عليها) مطالباً فيها منع معارضتها له عن مدة اعتقاله في سجون النظام السابق بسبب معارضته للنظام، والحكم له به بصحة مدة اعتقاله والبالغة ثلاثة سنوات والغرض من هذه الدعوى هو شمول المدعي بأحكام قانون مؤسسة السجناء السياسيين رقم(4) لسنة 2006، وقد اصدرت محكمة بداءة البصرة حكماً يقضي بثبوت صحة اعتقال المدعي للمدة المشار اليها ومنع معارضة (زوجته) المدعى عليها له في المدة المذكورة).

ومن الجدير بالذكر ان محكمة بداءة البصرة عندما اصدرت هذا الحكم خالفت القانون مخالفة جوهرية في امرين: الاول هو على أي اساس قانوني حكمت بصحة

---

[1] قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 41/ استئنافية منقول/2009 في 2009/6/16، النشرة القضائية العدد الخامس عشر، 2010، ص18، تصدر عن مجلس القضاء الاعلى.

اعتقال المدعي والامر الثاني ان خصومة المدعى عليها (زوجته) غير متحققة بالدعوى، إذ ما مصلحة الزوجة في معارضة او عدم معارضة زوجها في مدة اعتقاله؟ ونورد في ادناه نص قرار محكمة التمييز حول الموضوع اعلاه[1]: (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن لمصلحة القانون مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى النظر في الحكم وجد ان المدعي(ع) اقام دعوى ضد زوجته المدعي عليها(أ) مطالباً فيها بمنع معارضتها له عن مدة اعتقاله في سجون النظام السابق بسبب معارضته للنظام السابق والحكم بصحته مدة اعتقاله البالغة ثلاث سنوات.

وقد اصدرت محكمة بداءة البصرة حكماً يقضي بثبوت صحة اعتقال المدعي للمدة المشار اليها كونه معارضاً سياسياً للنظام السابق ومنع معارضة المدعى عليها في المدة المذكورة ولدى التأمل وجد ان محكمة بداءة البصرة قضت بحكمها المشار اليه موضوع الطعن في دعوى لم تكن ضمن اختصاصها الوظيفي كما ان خصومة المدعى عليها غير متحققة بالدعوى بالاضافة الى ان حكمها المطعون فيه جاء مخالفاً لقانون مؤسسة السجناء السياسيين رقم (4) لسنة 2006 الذي عالجت نصوصه كيفية البت بطلبات السجناء والمعتقلين السياسيين ومدى شمولهم بأحكام هذا القانون من عدمه، لذا يكون حكمها المطعون فيه المشار اليه قد احتوى على خرق للقانون من شأنه مخالفة النظام العام والاضرار بمصلحة الدولة وأموالها مما تنطبق عليه احكام المادة 30/ ثانياً-أ من قانون الادعاء العام، عليه قرر نقض الحكم المطعون فيه وإعادة الدعوى الى محكمتها لأصدار حكم جديد برد الدعوى لعدم الاختصاص الوظيفي وعدم تحقق الخصومة).

وفيما يتعلق بالقرارات الصادرة من مدير عام دائرة القاصرين أو مديرية رعاية القاصرين المختص او المنفذ العدل، فقد شمل قانون التعديل الثالث لقانون

---

[1] قرار محكمة التمييز الاتحادية 48/ استئنافية منقول/2009 في 2009/6/28، النشرة القضائية العدد العشر، 2010، ص29، تصدر عن مجلس القضاء الاعلى.

الادعاء العام رقم(7) لسنة 2000 القرارات الصادرة من الجهات اعلاه بأحكام الطعن لمصلحة القانون، إذا كان من شأن هذه القرارات الاضرار بمصلحة الدولة او القاصر أو اموال أي منهما او مخالفة النظام العام، ذلك ضماناً لحقوق القاصر ومعالجة حالات مخالفة النظام العام عند فوات مدة الطعن في هذه القرارات وعدم قيام ذوي العلاقة بالطعن فيها.

ثالثاً: ان يمارس رئيس الادعاء العام حق الطعن لمصلحة القانون خلال المدة المحددة قانوناً

ان قانون الادعاء العام العراقي قد حدد الفترة التي يجوز خلالها لرئيس الادعاء العام الطعن لمصلحة القانون بثلاث سنوات[1]، أي انه لايجوز الطعن لمصلحة القانون اذا كانت قد مضت مدة ثلاث سنوات على اكتساب الحكم او القرار درجة البتات، وهذه المدة هي اطول من المدة الاعتيادية للطعن والسبب في اعطاء هذه المدة الطويلة للطعن، يرجع الى ان اسباب الطعن قد لاتتضح الا بعد انقضاء المدة القانونية لمواعيد الطعن، فضلاً عن ذلك ان الادعاء العام لايعد خصماً حقيقياً وانما هو خصم شكلي في الدعاوى المدنية، ولا يبلغ بالاحكام الصادرة فيها[2].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية على انه: (لايجوز الطعن لمصلحة القانون إذا كانت قد مضت مدة ثلاث سنوات على اكتساب الحكم أو القرار درجة البتات، وحيث ان المدد المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية

---

[1] الفقرة الثانية من المادة (30) من قانون الادعاء العام مع ملاحظة ان المشرع المصري وفي المادة(252) من قانون المرافعات المدنية والتجارية قد حدد ميعاد النقض بستين يوما ولكن هذا الموعد لايسري على الطعن الذي يرفعه النائب العام لمصلحة القانون، وعدم تحديد مدة الطعن في القانون المصري امر مقبول وذلك لانه قد لايستبين سبب النقض الا بعد انقضاء المواعيد، فضلاً عن انه لاضرر من عدم التزام ميعاد معين اذ الحكم في هذا الطعن لايؤثر في حقوق الخصوم او مراكزهم القانونية وبالتالي لايؤثر الطعن فيه اياً كان وقته في استقرارها، لمزيد من التفصيل انظر د. احمد ابو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية،دار النهضة العربية، الاسكندرية، 1986، ط10، ص245.

[2] استاذنا د. عباس العبودي، شرح قانون المرافعات، مصدر سابق، ص460.

يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن فعليه قرر رد الطعن شكلاً)[1].

وفيما يتعلق بمدة الطعن لمصلحة القانون والبالغة ثلاث سنوات يبدو لنا أن مدة الطعن اعلاه هي مدة طويلة وتؤدي الى عدم الاستقرار القانوني للأحكام والحقوق المكتسبة، لان هذه المدة ان كانت مقبولة في ظل المادة(32) من قانون الادعاء العام قبل تعديله، وذلك لإقتصار القرار بقبول الطعن على تصحيح الخطأ القانوني، دون التصدي لأثار الحكم أو القرار المطعون فيه، على الرغم من بطلانه، الا انه وبعد التعديل الاول رقم(5) لسنة 1987 لقانون الادعاء العام، فإن القرار الصادر من محكمة التمييز لايقتصر على تصحيح الخطأ القانوني فقط، وانما لمحكمة التمييز اذا وجدت ان في الحكم أو القرار المطعون فيه خرقاً للقانون إن تقرر نقضه وإعادة الدعوى الى محكمتها لاصدار حكم أو قرار جديد ترسله تلقائياً الى محكمة التمييز[2]. لذلك نقترح تعديل هذه المدة الى سنة واحدة من تاريخ اكتساب الحكم أو القرار درجة البتات بدلاً من ثلاث سنوات، وذلك لغرض اعطاء الثبات والاستقرار للأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم ولكي لايبقى اطراف الدعوى مهددين بنقض الحكم أو القرار لتلك الفترة الطويلة مما يزعزع استقرار الاحكام القضائية.

رابعاً: ان يكون طعن الادعاء العام لمصلحة القانون وليس لمصلحة شخصية أو مالية

حيث لايقبل الطعن لمصلحة القانون إذا كان الحكم المطعون فيه يتعلق بحقوق شخصية لطرفي الدعوى، لان المقصود بخرق القانون هو مخالفة القانون التي ينتج عنها ضرر يمس مصلحة الدولة أو أموالها أو مخالفة النظام العام، وتطبيقاً لذلك

---

(1) قرار محكمة التمييز رقم 40/ مصلحة القانون/ 92 في 1992/9/15، ابراهيم المشاهدي، الطعن لمصلحة القانون، ج2، مصدر سابق، ص5.

(2) المادة (30) من قانون الادعاء العام العراقي النافذ.

ذهبت محكمة التمييز في قرار لها الى انه[1]: (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن الذي تقدم به المدعي العام على الحكم الصادر من محكمة بداءة الخالص قد تأسس على اخطاء وقعت فيها محكمة بداءة الخالص، وحيث ان المخالفات المشار اليها في مذكرة الطعن تتعلق بحقوق شخصية لطرفي الدعوى، وحيث ان الطعن لمصلحة القانون وفقاً لما جاء بالقانون رقم (5) لسنة 1987 يقتصر على خرق القانون الذي من شأنه الاضرار بمصلحة الدولة أو أموالها او مخالفة النظام العام، في حين ان الطعن المقدم يتعلق بحقوق شخصية كان على المتضرر من القرار مراجعة طرق الطعن الاعتيادية بشأنه عليه قرر رد الطعن المذكور).

أما اذا كانت المصلحة تتعلق بحقوق مالية تخرج عن مفهوم الحل والحرمة فليس للإدعاء العام الطعن بالحكم للسبب المذكور، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية[2]: (إن بذل الزوجة لمهرها المعجل والمؤجل وكافة النفقات الشرعية والقانونية هو من الامور المالية التي تخرج عن مفهوم الحل والحرمة وبالتالي ليس للإدعاء العام الطعن، لذلك السبب عليه ولما تقدم قرر نقض الحكم).

خامساً: ان لايكون احد من ذوي العلاقة قد طعن في الحكم

والمقصود بذلك ان يكون الحكم من تلك الإحكام التي لايجيز القانون للخصم الطعن فيها، سواء أكان المنع من الطعن بصفة عامة، أم كان المنع من الطعن بالاستئناف، أم كان المنع من الطعن بالتمييز، وسواء ورد هذا المنع في قانون المرافعات او في غيره من القوانين الاخرى، أو أن يكون الحكم قابلاً للطعن بالنقض من المحكوم عليه، ولكنه لم يطعن في الموعد المحدد، او تنازل عن طعنه، أو طعن في الموعد ولكن حكم بعدم قبول طعنه شكلاً[3].

---

(1) قرار محكمة التمييز رقم 2/مصلحة القانون/ 92 في 14 /1992/4، نقلا عن ابراهيم المشاهدي، الطعن لمصلحة القانون،ج2، مصدر سابق، ص67.

(2) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2599 /شخصية أولى/ 2008 في 2/9/ 2008، النشرة القضائية العدد السادس، 2009، مجلس القضاء الاعلى، ص10.

(3) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مصدر سابق، ص776.

والسبب واضح في اشتراط المشرع لقبول الطعن لمصلحة القانون، ان لايكون احد من ذوي العلاقة قد طعن في الحكم، لانه لو حصل وطعن ذوي العلاقة بالحكم، ففي هذه الحالة الطعن ينظر من قبل محكمة التمييز، فأذا كان هناك خرقٌ للقانون، فسوف تقوم حتماً بنقض الحكم0وهذا ماذهبت اليه محكمة التمييز في قرار لها على انه[1]: (الطعن لمصلحة القانون هو طريق استثنائي من طرق الطعن القانونية لايصار اليه الا بعد استنفاذ طرق الطعن القانونية وأن الطعن لمصلحة القانون ليس بديلاً عن طرق الطعن القانونية عليه قرر رد الطعن).

هذا وكانت محكمة التمييز لاتقبل طعن الادعاء العام لمصلحة القانون في الاحكام المتضمنة خرقا للقانون التي طعن فيها الخصوم بعد مضي المدة القانونية ورد الطعن من الناحية الشكلية، بحجة انه لافرق بين رد الطعن التمييزي شكلاً أو موضوعاً[2]. في حين ان التفسير المتطور للقانون يبين الفرق في الحالتين، لان طعن الخصوم بالحكم بعد مضي المدة القانونية ورده شكلاً لاقيمة له من الناحية القانونية،لان الحق بالطعن قد سقط بمجرد فوات المدة القانونية استناداً للمادة(171)[3] من قانون المرافعات المدنية، في تلك الحالة لايمكن لمحكمة التمييز الخوض في تدقيق الدعوى من الناحية الموضوعية هذا وقد عدلت محكمة التمييز رأيها السابق وأخذت بهذا الاتجاه، حيث جاء في قرار لها الى انه[4]:(إن رد الحكم المطعون فيه تمييزاً من الناحية الشكلية لوقوعه خارج المدة القانونية لايحول دون

---

[1] قرار محكمة التمييز رقم (92 / مصلحة القانون في 1992/4/14)، نقلا عن ابراهيم المشاهدي، الطعن لمصلحة القانون، مصدر سابق، ص68.

[2] القاضي خالد سيد ناجي شاكر الهاشمي، الطعن في الاحكام لمصلحة القانون، مصدر سابق، ص2.

[3] تنص المادة(171) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه: (المدد المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن) وتقابلها المادة(105) من قانون المرافعات المصري والمادة(172) من قانون اصول الماحمات المدنية الاردني.

[4] قرار رقم 6/ مصلحة القانون/ 990 في 12 /1989/1، اشار اليه القاضي خالد سيد ناجي، الطعن في الاحكام لمصلحة القانون، مرجع سبق ذكره، ص54.

قبول طعن رئيس الادعاء العام فيه لمصلحة القانون اذا كان في الحكم خرقٌ للقانون من شأنه الاضرار بمصلحة الدولة وأموالها واستناداً للمادة 30/ثانياً من قانون الادعاء العام قرر نقض الحكم المطعون فيه وأعادة الدعوى الى محكمتها للقضاء برد الدعوى).

المطلب الثاني

إجراءات الطعن لمصلحة القانون والآثار المترتبة عليه

لقد حدد المشرع العراقي الاجراءات التي يتوجب على الادعاء العام اتباعها عند رفعه الطعن لمصلحة القانون الى محكمة التمييز، والتي بدورها ستنظر في هذا الطعن وفق اجراءات ينبغي على المحكمة اتخاذها للوصول الى اصدار القرارات المناسبة في القضايا المطعون فيها، ومن ثم حددت ماسيترتب على هذه القرارات من نتائج وآثار على الخصوم، ولأجل الاحاطة بجوانب الموضوع سنتناوله في فرعين وكالاتي:

الفرع الاول: اجراءات الطعن لمصلحة القانون

الفرع الثاني: الاثار المترتبة على الطعن لمصلحة القانون

الفرع الاول

إجراءات الطعن لمصلحة القانون

بصدور قانون التعديل الاول لقانون الادعاء العام لسنة 1987، فقد اصبح حق رفع الطعن لمصلحة القانون مناطاً برئيس الادعاءالعام حصراً[1]، ويمارس هذا الحق خلال مدة ثلاث سنوات على اكتساب الحكم أو القرار درجة البتات، حيث ينبغي على رئيس الادعاء العام اذا حصل خرق للقانون في حكم او قرار أن يرفع

---

[1] الفقرة ثانياً-أ من المادة (30) من قانون الادعاء العام المعدل، مع ملاحظة ان الطعن لمصلحة القانون في قانون المرافعات المصري مناط بالنائب العام حصراً.

به طعناً الى محكمة التمييز، وعليه أن يثبت في لائحته التمييزية توفر شروط قبول الطعن لمصلحة القانون. وقد ذهبت محكمة التمييز في قرار لها الى انـه لـرئيس الادعاء العام حصراً صلاحية الطعن لمصلحة القانون وبناء عليه فإن سلوك طريق التصحيح للقرار الصادر بهذا الشأن على فرض جوازه وتوافر أحد اسـبابه يكـون مناطاً برئيس الادعاء العام[1].

كما يجب على رئيس الادعاء العام ان يثبت في لائحته التمييزية توفر شروط الطعن لمصلحة القانون لا ان يطلب التحقيق عن وجوده، وتطبيقـاً لـذلك قضـت محكمة التمييز في قرار لها على انه[2]: (إن الطعن لمصلحة القانون يجب ان يقـوم على اساس ثبوت الخرق للقانون لاعلى اساس طلب التحقيق عن وجوده لذلك قرر رد الطعن)، وفيما يتعلق بإجراءات محكمة التمييز الاتحاديـة فـي نظـر الطعـن لمصلحة القانون المرفوع من رئيس الادعاء العام، فإن اجراءات محكمة التمييز في هذه الحالة لاتختلف عن اجراءاتها في حالة نظر أي طعن اخر، حيث أنه بعد تأشير الطعن في سجلات محكمة التمييز يقرر رئيس محكمة التمييز احالته الـى الهيئـة المختصة في المحكمة لتدقيقه، من خلال دراسة اعضاء الهيئة لإضـبارة الـدعوى والحكم الصادر فيها واللائحة التمييزية والاطلاع على المستندات ومن ثم المداولـة أي المشاورة بين أعضاء الهيئة للإتفاق على إصدار القرار بالطعن، ويكون القرار إما بالاتفاق او أكثرية الآراء[3].

---

[1] قرار رقم 365/ هيئة عامة/ 2008 في 2009/2/10 في 2009/2/10، النشـرة القضـائية، العـدد الثاني عشر، 2010، ص15.

[2] قرار رقم 38 / مصلحة القانون/ 1988 في 12/7/ 1988، نقلا عن ابـراهيم المشـاهدي، الطعـن لمصلحة القانون مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة الخامسة والاربعون، تصدر عن نقابـة المحـامين العراقين، 1990، ص137.

[3] المادة (158) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة(169) مـن قـانون المرافعـات المدنيـة والتجارية المصري والفقرة الثانية من المادة(159) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

والهيئة المختصة بنظر الطعن، هي هيئة خماسية برئاسة رئيس محكمة التمييز أو احد نوابه وعضوية اربعة من قضاة محكمة التمييز، وتقوم حاليا الهيئة الاستئنافية والتي تنظر في قضايا المنقول بأجراءات نظر الطعن لمصلحة القانون[1]، فأذا تأيد لهذه الهيئة ان الحكم أو القرار المطعون فيه خرقٌ للقانون، تقرر الهيئة نقضه وإعادة الدعوى الى محكمتها لاصدار حكم جديد او قرار جديد ترسله تلقائياً الى محكمة التمييز واذا تأيد لها أن قرار مديرعام دائرة القاصرين او مديرية رعاية القاصرين المختص او المنفذ العدل المطعون فيه خرقٌ للقانون، فإن الهيئة تقرر نقضه وإعادة المعاملة الى الدائرة لاصدار قرار جديد ترسله تلقائياً الى محكمة التمييز لإجراء النظر فيه من الهيئة الخماسية ويكون قرارها واجب الاتباع ولايقبل الطعن بطريق تصحيح القرار[2].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في قرار لها الى انه[3]: (اذا نقض الحكم المطعون فيه لمصلحة القانون فعلى محكمة الموضوع اصدار حكم جديد في الدعوى ترسله تلقائياً الى محكمة التمييز للنظر فيه من الهيئة الخماسية وفقاً للمادة(30) من قانون الادعاء العام المعدل، فإذا نظرت محكمة الاستئناف في الدعوى وأصدرت حكمها فيها فإن حكمها يعتبر معدوماً لايترتب عليه أي اثر قانوني لصدوره من محكمة غير مختصة وصدر القرار بالإتفاق).

---

[1] مدحت المحمود، القضاء في العراق، مرجع سبق ذكره، ص64.

[2] الفقرة ثانياً من المادة (30) من قانون الادعاء العام والمادة (250) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

[3] قرار رقم 50/ مصلحة القانون/ 1992 في 1993/11/3، نقلا عن خالد سيد ناجي، الطعن في الاحكام لمصلحة القانون، مصدر سابق، ص83.

الفرع الثاني

الاثار المترتبة على الطعن لمصلحة القانون

الطعن لمصلحة القانون من حيث المبدأ ينقل الدعوى الى محكمة التمييز في حدود الاسباب القانونية الواردة في لائحة الطعن المرفوعة من قبل الادعاء العام، ويقتصر دور محكمة التمييز بمراجعة الاسباب القانونية التي تناولها الطاعن في طعنه، فإذا ردت الطعن ثبت الحكم أو القرار المطعون فيه، ولايوجد في هذه الحالة أي اثار مترتبة على هذا القرار سواء من الناحية القانونية أو من الناحية العملية.

أما اذا قبلت محكمة التمييز الطعن ونقضت الحكم أو القرار المخالف للقانون، فإن الاثار المترتبة على هذا القرار في ظل المادة(32) الملغاة من قانون الادعاء العام، يقتصر على تصحيح الخطأ القانوني الذي وقع فيه الحكم، ذلك ان نص الفقرة السادسة من المادة(32) من قانون الادعاء العام كانت تنص على أنه[1]: (ويقتصر القرار الذي يصدر بقبول الطعن على تصحيح الخطأ القانوني دون ان يمس بحقوق الخصوم المكتسبة بموجب الحكم المطعون فيه)، ومعنى ذلك ان تصحيح الخطأ القانوني لايمس بأي حال من الاحوال الحقوق التي اكتسبها الشخص بموجب الحكم الذي اصبح قطعياً لمرور المدة القانونية عليه لا يجوز سلبها منه، والسبب في ذلك استقرار الاحكام والقرارات ذلك لان أي مساس بهذا المبدأ يؤدي الى اضطراب وزعزعة الثقة في الاحكام[2].

---

(1) وتجدر الاشارة الى ان الاثار المترتبة على الطعن لمصلحة القانون في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري يتطابق مع ماورد في المادة(32) الملغاة من قانون الادعاء العام العراقي، حيث وردت في المادة(250) من قانون المرافعات المدنية المصري على انه: (... ولايفيد الخصوم من هذا الطعن)، أي ان الخصوم لايتأثرون بهذا الطعن، معنى ذلك ان قبول محكمة النقض للطعن وقيامها بنقض الحكم يكون فقط من الناحية النظرية فيبقى الحكم المطعون فيه على الرغم من نقضه كما هو عليه الحال منتجاً لاثارة بين الخصوم والأغيار، للمزيد من التفصيل انظر د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مصدر سابق، ص778.

(2) لمزيد من التفصيل انظر د. محمد معروف عبد الله، رقابة الادعاء العام في طعن الاحكام والقرارات، مصدر سابق، ص13، كذلك انظر نظام الدين عبد المجيد كلي، دور الادعاء العام في طعن الاحكام والقرارات، مصدر سابق، ص13.

وبعد صدور القانون رقم (5) لسنة1987، قانون التعديل الاول لقانون الادعاء العام، فأن الامر قد تغير، واصبحت الاثار المترتبة على الطعن لمصلحة القانون لاتقتصر على تصحيح الخطأ القانوني ودون المساس بالحقوق المكتسبة للخصوم، وأنما تعدى الامر ذلك، فقد نصت المادة(30) من قانون الإدعاء العام المعدل في فقرتها الثانية _ج_ على انه: (يكون الطعن لمصلحة القانون امام محكمة التمييز وينظر من هيئة خماسية برئاسة رئيس المحكمة أو أحد نوابه، فإذا تأيد ان في الحكم أو القرار المطعون فيه خرقاً للقانون تقرر نقضه وإعادة الدعوى الى محكمتها لأصدار حكم أو قرار جديد ترسله تلقائياً الى محكمة التمييز وينظر من الهيئة الخماسية ويكون قرارها واجب الاتباع ولايقبل الطعن بطريق تصحيح القرار).

إذاً يتبين من النص ان الحكم أو القرار المطعون فيه بعد النقض سوف يعاد الى محكمته لأصدار حكم او قرار جديد في ضوء القرارً التمييزي، معنى ذلك ان محكمة الموضوع سوف تقوم بنفس الاجراءات التي كانت ستقوم بها في حالة الطعن في حكمها عن طريق التمييز، ذلك ان نقض الحكم معناه الغاءه، فيترتب علىً نقض الحكم المميز، الغاء جميع الاعمال اللاحقة للحكم المنقوض متى كان ذلك الحكم اساسا لها، وترتبت عليه، سواء نص قرار النقض على الغاء الحكم اولم ينص، اذ يقع الالغاء في هذه الحالة بحكم القانون بمجرد صدور قرار النقض التمييزي.

ومتى اعادت محكمة التمييز الدعوى بعد النقض، فإن المحكمة تحكم في الدعوى من جديد، وما يترتب على ذلك من اجراءات الدعوى المختلفة كالتبليغات وحضور الخصوم وغيابهم وأي اجراء اخر تراه المحكمة لازما للفصل في الدعوى، ومن ثم ايضاً اجراءات اصدار الحكم[1]، وعليه نفهم من ذلك كله ان الحكم

---

[1] محمد امين عابدين، طرق الطعن في الاحكام المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1984، ص205.

الذي يصدر عن محكمة الموضوع بعد النقض سوف يترتب عليه حتماً تغييراً في المراكز القانونية والحقوق التي اكتسبها الخصوم والاغيار بموجب الحكم أو القرار المطعون فيه.

وتطبيقا لما تقدم قضت محكمة التمييز في قرار لها على انه[1]: (وجد ان المدعية أقامت دعواها بطلب تملك جزء من القطعة 167 مقاطعة(6) بساتين بهرز التي وهبها اياها والدها المدعى عليه ونتيجة المرافعة وعدم اعتراض والدها المدعى عليه أصدرت محكمة البداءة حكماً بتمليك المدعية للمساحة المشيدة عليها الدار والتي هي جزء من القطعة المذكورة والاشعار الى مديرية التسجيل العقاري في ديالى لتسجيلها بإسم المدعية، دون ان تلاحظ ان المساحة المطلوب تمليكها الى المدعية هي جزء من القطعة (67) المذكورة التي جنسها اراضي زراعية تسقى سيحاً ومملوكة للدولة وأن الفقرة(ب) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل 1198 لسنة 1977 قد اشارت الى عدم الاخلال بأحكام قانون تنظيم الحد الاقتصادي للأغراض الزراعية رقم(137) لسنة 1976 وحيث ان محكمة الموضوع اصدرت حكمها المميز دون مراعاة ماتقدم مما يعتبر ذلك خرقاً للقانون وعملاً بأحكام المادة الاولى-ثانياً/ج/ من قانون التعديل الاول لقانون الادعاء العام رقم(159) لسنة 1979 تقرر نقض الحكم المطعون فيه وإعادة الدعوى لمحكمتها لاتباع ماتقدم والإستيضاح من دائرة التسجيل العقاري المختصة عما اذا كان هناك قيد قانوني مانع من تسجيل المساحة المذكورة الى المدعية وإدخال الدائرة المذكورة في الدعوى شخصاً ثالثاً أن اقتضى الامر ذلك ومن ثم أصدار الحكم في الدعوى وفق القانون وصدر القرار بالاتفاق).

[1] قرار رقم 6/ مصلحة القانون 8/7 في 1987/8/26، مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة الخامسة والاربعون، مصدر سابق، ص116.

نلاحظ من القرار المذكور اعلاه أن محكمة التمييز قد نقضت حكم محكمة الموضوع، ومن ثم رسمت لها طريقاً لاتباعه عند إصدار الحكم الجديد، من خلال القيام بإجراءات جديدة والاستيضاح من دائرة التسجيل العقاري المختصة وإدخالها في الدعوى شخصاً ثالثاً أن اقتضى الامر ذلك، وهذا معناه ان محكمة الموضوع ملزمة بالقيام بجميع الاجراءات اللازمة لإصدار الحكم بعد النقض وما سيترتب على ذلك حتماً من تغيير للمراكز القانونية والحقوق المكتسبة للخصوم.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال ماهو الحكم في حالة تنفيذ الحكم الصادر من محكمة الموضوع، وبعد ذلك طعن رئيس الادعاء العام لمصلحة القانون، ومن ثم صدور حكم جديد بعد النقض وغير من المراكز القانونية ومن الحقوق المكتسبة للخصوم او للغير؟ او بعبارة اخرى، هل يمكن اعادة اطراف النزاع الى الحالة التي كانوا عليها قبل تنفيذ الحكم، في حالة صدور الحكم بأبطال او نقض الحكم المنفذ السابق؟

لم يرد في قانون الادعاء العام العراقي، والذي ورد فيه احكام الطعن لمصلحة القانون نص يعالج هذه الحالة، وكذلك لايوجد نص في قانون المرافعات المدنية العراقي يعالج الحالة المشابهة للحالات اعلاه، ولكن بالرجوع الى نص الفقرة الاولى من المادة(51) من قانون التنفيذ رقم(45) لسنة 1980 المعدل والتي تنص على انه: (اولاً- اذا ابطل الحكم المنفذ او فسخ او نقض كله فتعاد الحالة الى ماكانت عليه قبل التنفيذ دون حاجة الى استحصال حكم بذلك).

حيث انه لما كان قانون التنفيذ يسوغ تنفيذ الاحكام القضائية -عدا بعض الاحكام قبل اكتسابها الدرجة القطعية، فيصبح من المحتمل ابطال او فسخ او نقض الحكم المنفذ كلاً او جزءاً الامر الذي يستلزم العمل على تلافي النتائج التي تترتب على تنفيذ الاحكام، وهذه هي العلة التي جعلت المشرع ينص في المادة (51) من

قانون التنفيذ على وجوب اعادة الحالة الى ماكانت عليه قبل التنفيذ في حالة ابطال الحكم المنفذ أو فسخه أو نقضه كلاً او جزءاً[1].

وتقوم دائرة التنفيذ في مثل الحالات المذكورة أعلاه بإصدار مذكرة اخبارية للمحكوم له سابقاً تتضمن الطلب منه اعادة ماقبضه، فإذا مضت مدة الاخبارية دون أن يعيد المبلغ المطالب به اويبرز مايستوجب تأخير تنفيذ الحكم الاخير، قامت الدائرة المذكورة بإسترداد المبلغ منه جبراً من دون حاجة في كل ذلك الى تكليف المحكوم عليه (سابقاً) بمراجعة المحكمة لإقامة الدعوى بهذا الشأن[2]. ولما كان الطعن لمصلحة القانون، طعناً استثنائياً، وخصوصا انه يمكن الطعن فيه خلال مدة طويلة نسبيا (ثلاث سنوات) فأنه في هذه الحالة يتعذر اعادة الحال الى ماكانت عليه قبل تنفيذ الحكم لذلك نقترح ان يضاف فقرة الى المادة (30) من قانون الادعاء العام وتكون كالاتي:

(4- اذا نقض الحكم بعد الطعن لمصلحة القانون، وكان الحكم منفذاً، فيعاد الطرفان الى الحالة التي كان عليها قبل تنفيذ الحكم، فإذا كان هذا غير ممكن جاز الحكم بتعويض معادل).

وقبل ان ننهي هذا الموضوع، نود ان نتطرق الى حق محكمة التمييز في التصدي عند نقضها للقرار المطعون فيه لمصلحة القانون والفصل في النزاع بدلاً من محكمة الموضوع. فهل يجوز لها هذا التصدي ام لا؟

في ظل المادة(32) الملغاة من قانون الادعاء العام، كان من غير الممكن ان تتصدى محكمة التمييز للفصل في موضوع النزاع، ذلك ان طبيعة الطعن لمصلحة القانون في ظل تلك المادة تحول دون نظر محكمة التمييز للموضوع والتصدي له مهما كان صالحاً للفصل فيه، حيث ان محكمة التمييز تكتفي بنقض الحكم، وليس

---

[1] د. سعيد عبد الكريم مبارك، احكام قانون التنفيذ، جامعة بغداد، كلية القانون، 1989، ص132.

[2] د. ادم وهيب النداوي، الوجيز في قانون التنفيذ، جامعة بغداد، 1984، ص147.

للطعن لمصلحة القانون فائدة عملية،سوى انه ينبه المحاكم الى الخطأ الذي شاب الحكم المطعون فيه حتى تتجنبه هذه المحاكم، وعليه فإن محكمة التمييز كانت لاتملك الفصل والتصدي في موضوع النزاع حتى لو توافرت فيه الشروط التي يجيز فيها القانون لمحكمة التمييز ان تتصدى للنظر في موضوع النزاع.

ولكن بعد صدور قانون التعديل الاول رقم(5) لسنة 1987 لقانون الادعاء العام، وأصبح الطعن لمصلحة القانون، يترتب عليه آثار مهمة تغير من المراكز القانونية والحقوق المكتسبة للخصوم، حيث عند تحقق محكمة التمييز من وجود خرق للقانون، فإنها تعيد الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق المنوال الذي ترسمه لها، لذلك نحن نتفق مع جانب من الفقه من انه على الرغم من أن حق محكمة التمييز في التصدي لموضوع النزاع هو حق استثنائي، الا ان الطعن لمصلحة القانون يستوي مع أي طعن اخر امام محكمة التمييز من حيث الزام المحاكم الاخرى، إذا توافرت شروط التصدي التي نص عليها القانون في المادة (214) من قانون المرفعات المدنية[1].

---

[1] استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص 464.

المبحث الثاني

رقابة محكمة التمييز الاتحادية على الاحكام المتناقضة

تمارس محكمة التمييز الاتحادية دوراً رقابياً اخر على الاحكام المتعلقة بالنظام العام، الا وهي الرقابة على الاحكام المتناقضة، ذلك ان الاساس القانوني للنقض بسبب التناقض بين الاحكام وكما اشرنا سابقاً، يكمن في مخالفة حجية الاحكام التي حازت درجة البتات، ولتعلق هذه الحجية بالنظام العام، فعلى القاضي ان يتمسك به من تلقاء نفسه، ومن الممكن إثارته كدفع حتى امام محكمة التمييز.

ولايخفى على احد ان الهدف من لجوء اطراف النزاع الى القضاء، وتحمل مشقته ومصاريفه هو الوصول الى حل نهائي وثابت لذلك النزاع، وهذا الامر لايتم الا بعد ان تعرض المسائل المتنازع عليها للمناقشة والتحقيق والتفصيل، فالقضاء اليوم هو احد السلطات الاساسية العامة والتي يجب على كافة الناس احترامها والاذعان لها، ولأجل ضمان هذا الاحترام، من حيث عدم تضارب احكامه في الدعوى الواحدة، ومن اجل ضمان استقرار تلك الاحكام القضائية كونها تنهي الخصومة امام القضاء، وتمنع عرض النزاع مجدداً، فقد جعل المشرع تناقض الاحكام سبباً من اسباب الطعن بالتمييز[1].

والسبب في وجود حالات التناقض بين الاحكام يعود الى عدم وجود نظام قضائي متكامل يمنع حصول ذلك التناقض[2]، وذلك بمجرد تغيير معالم القضية السابقة واخفاء مضمونها ومن ثم اعادتها امام القضاء مجدداً عمداً او بغير عمد،

---

(1) الفقرة الرابعة من المادة(203) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة(249) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والفقرة الثالثة من المادة(198) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

(2) للمزيد انظر عبد المنعم حسين المحامي، طرق الطعن في الاحكام المدنية والتجارية، منشورات مدونة التشريع والقضاء، القاهرة، 1975، ص280، انظر كذلك، د. ممدوح عبد الكريم حافظ، شرح قانون المرافعات المدنية العراقية، جامعة، بغداد، 1983، ص247.

وسواء كان ذلك لاطالة امد النزاع او لأصلاح مافات على المدعي تقديمه من ادلة تبرر ادعاءه، او مافات على المدعى عليه تقديمه من دفوع تؤيد موقفه او لعرض الموضوع من وجهة نظر اخرى[1].

لذلك سنحاول في هذا المبحث ان نتناول المقصود بالتناقض وشروط الطعن بسببه والاثار المترتبة عليه، ومن ثم نتطرق الى الوسائل التي تحول دون وقوع التناقض والوسائل التي تعالجه، عليه سنقسم هذا المبحث الى المطلبين الآتيين:

المطلب الاول: ماهية الاحكام المتناقضة

المطلب الثاني: وسائل معالجة حالة التناقض بين الاحكام

المطلب الاول

ماهية الاحكام المتناقضة

ان حالة التناقض بين الاحكام المدنية امر كثير الحدوث، والسبب في ذلك يعود، الى عدم وجود نظام قضائي متكامل يمنع حصول ذلك التناقض، فبمجرد تغيير معالم القضية السابقة وإخفاء مضمونها ومن ثم اعادتها امام القضاء مجدداً، عمداً او بغير عمد، وسواء كان ذلك لأطالة أمد النزاع او لأصلاح مافات على المدعي تقديمه من ادلة تبرر إدعاءه، ففي القضية التي سنوردها اقام المدعي دعوى امام محكمة الاحوال الشخصية في كربلاء لتصديق الطلاق الواقع خارج المحكمة وعندما قضت المحكمة اعلاه برد الدعوى لعدم توفر الشروط الشرعية في الطلاق، بادر المدعي الى اقامة دعوى اخرى حول نفس الموضوع امام محكمة الاحوال الشخصية في الكاظمية، فقضت تلك المحكمة بتصديق الطلاق الواقع خارج المحكمة، نلاحظ هنا وجود حكمين متناقضين صادرين من محكمتين مختلفتين، حيث لجأ المدعي بعد رد دعواه من محكمة الاحوال الشخصية في كربلاء الى اقامة

---

[1] د. سعيد مبارك،د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص278.

الدعوى امام محكمة الاحوال الشخصة في الكاظمية، ولتعلق الامر بالحل والحرمة فقد بادر رئيس الادعاء العام بالطعن في الحكم اعلاه وعرضت الدعوى امام محكمة التمييز والتي اصدرت قرارها الاتي[1]: (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المطعون فيه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ذلك ان المدعي (ع) اقام الدعوى لدى محكمة الاحوال الشخصية في كربلاء طالباً فيها تصديق الطلاق الرجعي الذي اوقعه على زوجته المدعى عليها(ف) وابرز المدعي ورقة الطلاق العرفي الموقعة بتوقيع العالم الديني(س) والشاهدين(ج، د) واستمعت المحكمة الى الشاهدين حيث شهد كل منهما بأنه لم يسمع عبارة ايقاع الطلاق من المدعي ثم قضت المحكمة ان الطلاق غير متوفر فيه الشروط الشرعية وردت الدعوى وقد اكتسب الحكم درجة البتات في حين اقام المدعي نفس الدعوى لدى محكمة الاحوال الشخصية في الكاظمية مستنداً الى نفس ورقة الطلاق المبرزة في الدعوى السابقة والى نفس الشهود الموقعين على الورقة وقضت المحكمة بتصديق الطلاق الرجعي خلافاً لاحكام القانون حيث نظرت في دعوى سبق وان ردت من قبل محكمة الاحوال الشخصية في كربلاء فكان على المحكمة ان تسير في الدعوى وتفصل فيها بملاحظة حكم الرد السابق وطبقاً لاحكام الشرع والقانون، لذا تقرر نقض الحكم الصادر عن محكمة الاحوال الشخصية في الكاظمية واعادة الدعوى الى محكمتها للسير فيها على الوجه المتقدم).

إذاً بناءً على ماتقدم نحاول ان نبين المقصود بالتناقض وماهي طبيعته وشروطه والاثار التي تترتب على الاحكام المتناقضة في الفرعين الاتيين:

الفرع الاول: تعريف الاحكام المتناقضة وبيان طبيعتها

الفرع الثاني: شروط الطعن بسبب التناقض

---

[1] قرار محكمة التمييز رقم 2/مصلحة القانون/90 في 1990/1/30، نقلا عن ابراهيم المشاهدي، الطعن لمصلحة القانون، مصدر سابق، ص14.

الفرع الاول

تعريف الاحكام المتناقضة وبيان طبيعتها

يعرف جانب من الفقه التناقض بين الاحكام بأنه: وجود حكمين او اكثر صادرين بالدرجة الاخيرة بين نفس الخصوم وفي ذات الموضوع وبالاستناد الى الاسباب ذاتها، ويتضمن قضاء أحدهما بما يناقض الاخر بشكل يتعذر فيه تنفيذهما معاً[1].

وهناك من يعرف التناقض بأنه: تضارب مباشر في عناصر الحكم المدني او بينه وبين حكم اخر يؤدي الى استحالة التنفيذ[2].

إذاً المقصود بالتناقض بين الاحكام: هو وجود تعارض او تناقض بين حكمين او اكثر صادرين بالدرجة الأخيرة ومتحدين في الموضوع والسبب والاطراف، بحيث يخالف كل حكم الاخروبشكل لايمكن فيه تنفيذهما معاً[3].

وقد وردت الاشارة الى مفهوم تناقض الاحكام في قانون المرافعات المدنية العراقي في عدة مواد حيث تنص الفقرة الرابعة من المادة(203) من القانون اعلاه على انه: (للخصوم ان يطعنوا تمييزاً... وذلك في الاحوال التالية: 4- اذا صدر

---

(1) د. حلمي محمد الحجار، اسباب الطعن بطريق النقض،ج2، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2004، ص243، وتجدر الاشارة الى ان المقصود بالحكم الصادر بدرجة اخيرة هي الاحكام التي لاتقبل الطعن فيها بالاستئناف وانما تقبل الطعن بطريق واحد هو التمييز ومثالها الاحكام الصادرة من محاكم البداءة في الدعاوى التي قيمتها اقل من الف دينار وكذلك الاحكام الصادرة من محكمة الاحوال الشخصية، لمزيد من التفصيل انظر د. سعيد مبارك ود. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص348.

(2) د. ياسر ذنون السبعاوي، د. اجياد ثامر نايف الدليمي، بحوث ودراسات في القانون الخاص، ج2، ط1، الجيل العربي للنشر، الموصل، 2009، ص17.

(3) Andre،principe de la netralitl du juge،Paris،242،p.20

اشار اليه د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، مصدر سابق، ص246.

حكم يناقض حكماً سابقاً صدر في الدعوى نفسها بين الخصوم انفسهم او من قام مقامهم وحاز درجة البتات).

كما تنص المادة(217) من القانون ذاته على انه: (يجوز للخصوم ولرؤساء دوائر التنفيذ ان يطلبوا من محكمة التمييز النظر في النزاع الناشيء عن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادرين في موضوع واحد بين الخصوم انفسهم).

وكذلك تنص المادة(106) من قانون الاثبات العراقي على انه: (لايجوز قبول دليل ينقض حجية الاحكام الباتة).

اما قانون التنظيم القضائي رقم(160) لسنة 1979 المعدل فقد أشار الى الموضوع اعلاه في الفقرة اولا البند / ب من المادة(13) منه والتي تنص على انه: (الهيئة الموسعة وتختص بالنظر فيما يأتي:

1- النزاع الحاصل حول تنفيذ حكمين مكتسبين درجة البتات متناقضين صادرين في موضوع واحد اذا كان بين الخصوم انفسهم او كان احدهم طرفاً في هذين الحكمين وترجح احد الحكمين وتقرر تنفيذه، دون الحكم الاخر، ولرئيس محكمة التمييز وقف تنفيذ الحكمين المتناقضين لحين صدور القرار التمييزي).

يتبين من النصوص المتقدمة انها تتعلق بموضوع حجية الاحكام الباتة، حيث لايجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية وكذلك لايجوز اصدار حكم يناقض حكماً إخر أكتسب درجة البتات، وعدم جواز ابداء دفع جديد امام محكمة التمييز بإستثناء الخصومة والاختصاص وسبق الفصل في الدعوى والمواد الاخرى تبين اختصاصات محمكة التميز في حالة تناقض الاحكام.

وقد اختلف الفقه الاجرائي حول طبيعة الطعن بالتمييز بسبب التناقض، فذهب جانب الى انه من صور الخطأ في التقدير، ويندرج ضمن مخالفة القانون الموضوعي، والذي ينص على ان الاحكام حجة بما فصلت فيه من الحقوق، لذلك

يرى اصحاب هذا الاتجاه انه عدم جدوى ايراد هذه الصورة من صور مخالفة القانون كسبب للطعن بالتمييز[1].

اما الجانب الاخر[2] فيذهب الى عدّ هذا الخطأ، خطأ في الاجراء على اساس ان المحكمة ليس لها ولاية الفصل في نزاع سبق الفصل فيه، اذ يترتب على صدور الحكم السابق انكار سلطة ايه محكمة بعد ذلك في اعادة نظر النزاع الذي فصل فيه هذا الحكم ويترتب على ذلك امكانية التمسك بهذا العيب ولو لم يكن الحكم الثاني متناقضاً مع الحكم الاول ولكن مبدأ الاقتصاد في الاجراءات يقتضي عدم قبول الطعن الا حيث يتناقض الحكمان، ولاتوجد مصلحة من الغاء الحكم الثاني اذا لم يكن متعارضاً مع الاول.

يتبين من ذلك ان المشرع العراقي اخذ بالاتجاه الاول، وجعل تناقض الاحكام من الاخطاء في التقدير لمخالفة قاعدة قانونية تتضمن حجية مافصل فيه الحكم، وعد ذلك قاعدة موضوعية قاطعة لاتقبل اثبات العكس بحيث تصل الى مرتبة القانون، والسبب في ذلك يعود الى عدم امكانية الاخذ بالدفع الموضوعي المتضمن عدم جواز رؤية الدعوى مجدداً لسبق الفصل فيها الا بعد الدخول الحقيقي في مضمونها

---

(1) وهو اتجاه المشرع العراقي في المادة(503) الملغاة من القانون المدني العراقي والتي كانت تنص على انه: (1- الاحكام التي حازت درجة البتات، تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولايجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة، ولكن لاتكون لتلك الاحكام هذه القوة، الا في نزاع قام بين الخصوم انفسهم دون ان تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً، 2- ولايجوز للمحكمة ان تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها) وهذه ايضاً اتجاه المشرع الاردني في المادة(46) من قانون البينات. راجع عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج4، مرجع سبق ذكره، ص42، ود. عبد الحميد الشواربي، طرق الطعن في الاحكام المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1996، ص564، استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون البيانات الجديد، دار الثقافة للنشر، عمان،2004، ص176، ص178.

(2) وهو اتجاه المشرع المصري في المادة(101) من قانون الاثبات، حيث يعد التناقض دفعاً موضوعياً متعلقاً بالنظام العام ويمكن ابداؤه حتى امام محكمة التمييز، د. نبيل ابراهيم سعد، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، بيروت، 1995، ص195.

ومعرفة تفاصيلها، ومن ثم اذا ثبت للمحكمة أن هناك نقطة فصل فيها الحكم السابق وجب عليها احترام ذلك الفصل دون الخوض في صحته، ويكون ذلك كدليل يقدمه من له مصلحة من الخصوم أو اذا وصل الى علم المحكمة عن طريق اجراءات التحقيق القضائي التي تقوم بها بخصوص تلك الدعوى بوصفه من النظام العام[1].

مع ملاحظة موضوع مهم الا وهو ان المشرع العراقي في المادة(217) من قانون المرافعات قد خول الهيئة الموسعة في محكمة التمييز (والتي حلت محل الهيئة العامة في هذا الاختصاص بموجب قانون التعديل الخامس لقانون التنظيم القضائي رقم(1) لسنة1994) فقد خول الهيئة اعلاه النظر في النزاع الناشيء عن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادرين في موضوع واحد بين الخصوم انفسهم وترجيح احد الحكمين والامر بتنفيذه دون الحكم الاخر.

ان هذا الامر وإن كان يتعارض مع حجية الاحكام الباتة وعدم قبول أي دليل ينقض هذه الحجية[2]، الا انه من ناحية اخرى كان المشرع العراقي صائباً في هذا الموضوع وذلك لانه لايعقل ان يعرض حكمان على محكمة التمييز بهيئتها الموسعة وترى في احد الحكمين خطأ(وأن كان الحكم السابق أي الحكم الذي صدر قبل الاخر) وتسكت عنه وتنفذه دون الحكم اللاحق، لذلك فإن اتجاه المشرع العراقي بإعطاء الهيئة الموسعة صلاحية ترجيح احد الحكمين(وعدم تقييده بترجيح الحكم الاول) هو امر مقبول ولاسيما ان القرار الصادر من الهيئة اعلاه عنوان الحقيقة والاقرب الى السداد كما جاء في الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية.

---

(1) للمزيد من التفصيل انظر محمد غانم يونس الامين، الطعن تمييزاً في الاحكام المدنية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2004، ص53.

(2) المادة(106) من قانون الاثبات العراقي والمادة(101) من قانون الاثبات المصري والمادة (46) من قانون البينات الاردني.

الفرع الثاني
شروط الطعن بسبب التناقض

يشترط لقبول الطعن بسبب التناقض في الاحكام توفر الشروط الآتية:

اولاً: صدور حكمين متناقضين من محكمة واحدة او محكمتين تابعتين الى نفس الجهة القضائية، أي جهة القضاء المدني[1]، أما إذ كان احد الحكمين قد صدر من محكمة البداءة مثلاً والحكم الاخر صدر من محكمة الاحوال الشخصية، هنا نكون امام مشكلة تنازع الاختصاص ويكون البت في ذلك من اختصاص الهيئة الموسعة في محكمة التمييز[2]. وفيما يتعلق بالقرارات الصادرة من القضاء المستعجل والاوامر على العرائض فليست احكاماً ولاتحوز حجية الأحكام، وانما تحوز حجية مؤقتة رهينة ببقاء الظروف التي صدر فيها[3].

ثانياً: ان يكون الحكم السابق (الاول) قد اكتسب درجة البتات، سواء بمضي مدة الطعن أو كان ذلك بتصديقه تمييزاً وتصحيحاً[4].

اما اذا كان الحكم الثاني(اللاحق) قد اكتسب درجة البتات، هنا لايمكن تطبيق الفقرة الرابعة من المادة(203) وإنما ينطبق عليها احكام المادة(217) من قانون المرافعات المدنية الذي يشترط لتطبيقه مايأتي:

1- صدور حكمين متناقضين صادرين من محكمتين مختلفتين، او من محكمة واحدة.
2- ان يكون الحكمان مكتسبين لدرجة البتات وصادرين في موضوع واحد بين الخصوم انفسهم.

---

(1) ضياء شيت خطاب، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص347.

(2) المادة (13-ب) من قانون التنظيم القضائي.

(3) د. عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في الاحكام بالتمييز، مصدر سابق، ص188.

(4) ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص342.

3- ان يكون الحكمان منفذين،ذلك بأن اودع الاضبارة التنفيذية لدى دائرة المنفذ العدل.

4- تقديم طلب من المنفذ العدل او من احد طرفي الاضبارة التنفيذية بترجيح احد الحكمين وتطبيقه دون الحكم الاخر.

5- تفصل الهيئة الموسعة في محكمة التمييز في الطلب وترجح احد الحكمين وتأمر بتنفيذه دون الحكم الاخر وذلك بقرار مسبب.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها الى ما يأتي: (تبين ان محكمة الاحوال الشخصية في الكرخ سبق وأصدرت حكماً بوفاة المفقود(ب) وصدق القرار التمييزي، ثم صدر حكم اخر من محكمة الاحوال الشخصية في مدينة الصدر بعدِّ المتوفى المذكور حياً مع الغاء حكم محكمة الاحوال الشخصية في الكرخ وطلبت المحكمة اعلاه من محكمة التميز الاتحادية الامر بصدد تنفيذ حكم محكمة الاحوال الشخصة في مدينة الصدر وترجيح الحكم المختص بحياة المفقود وتنفيذ الحكم، وحيث ان المادة 13/اولاً/ب من قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 قد حددت اختصاصات الهيئة الموسعة ومنها النظر في النزاع الحاصل حول تنفيذ حكمين مكتسبين درجة البتات متناقضين صادرين في موضوع واحد اذا كان بين الخصوم انفسهم أو كان احدهم طرفاً في هذين الحكمين وترجيح احد الحكمين وتقرر تنفيذه دون الحكم الاخر، وإذ ان من شروط تطبيق أحكام المادة اعلاه أن ينفذ الحكمان في مديرية التنفيذ المختصة وان ينهض النزاع خلال مرحلة التنفيذ في مديرية التنفيذ مع تقديم طلب الترجيح من المنفذ العدل او من طرفي الاضبارة التنفيذية او احدهما او بواسطة المنفذ العدل ولعدم توافر شروط تطبيق احكام المادة المذكورة في الطلب قرر رد الطلب مع اشعار محكمة الاحوال الشخصية في مدينة الصدر بذلك)[1].

---

[1] قرار رقم 93/الهيئة الموسعة المدنية/2010 في 2010/5/26، النشرة القضائية، العدد الاول، السنة الرابعة، بغداد، 2011، ص89.

ولدينا ملاحظة على القرار اعلاه، حيث ان هناك موضوع مهم في هذا القرار وهو ان محكمة الاحوال الشخصية في الكرخ حكمت بوفاة المفقود(ب) وبعد ذلك اصدرت محكمة الاحوال الشخصية في مدينة الصدر حكماً بعدّ المتوفي (ب) حياً.

إذاً هنالك تناقض بين حكمين متعلقين بالحياة والموت، وحيث ان محكمة التمييز ردت الطلب لعدم توفر شروط تطبيق المادة (217) الا انه كان من المفروض عليها ترجيح احد الحكمين على الاخر لانه يتعلق بحياة انسان موجود على قيد الحياة وهو في السجلات شخص متوفى، صحيح ان شروط تطبيق المادة اعلاه غير متوفرة، لكن محكمة التمييز كانت تستطيع ان توجه صاحب العلاقة من خلال قرارها التمييزي بمراجعة دائرة التنفيذ، لايداع الحكم لديها وتنفيذه، وقد يسأل سائل:كيف يتم تنفيذ حكم متعلق بموت شخص أو ببقائه على قيد الحياة؟ الجواب هو ان دائرة التنفيذ تقوم بالاشعار الى الجهات المختصة مثل دائرة الولادات والوفيات في وزارة الصحة، كذلك الاشعار الى مديرية الجنسية والاحوال المدنية لتأشير قيده وإجراء اللازم، وهنا نكون امام اجراءات تنفيذية كان من المفروض على المحكمة الاشارة اليها في قرارها لا ان تكتفي بمجرد رد الطلب.

ثالثاً: ان يكون الحكمان قد صدرا بين الخصوم انفسهم او من قام مقامهم، أي ان تكون بين الدعويين اتحاد في الاطراف والموضوع والسبب[1].

لذلك يشترط في الحكم الثاني لكي يكون مناقضاً للحكم السابق ان يكون هناك اتحاد في اطراف الدعويين التي صدر فيها الحكمان وان يكون الموضوع الذي فصل فيه الحكم الثاني هو نفس الموضوع الذي فصل فيه الحكم الاول، وان يكون سبب كلا الدعويين واحداً وسنتناول هذه الامور وعلى النحوْ الاتي:

[1] المادة (105) من قانون الاثبات العراقي والمادة(101) من قانون الاثبات المصري والفقرة الاولى من المادة (46) من قانون الاثبات الاردني.

1- اتحاد اطراف الدعوى:

يقصد بإتحاد اطراف الدعوى او (اتحاد الخصوم) هو اتحادهم قانوناً لا طبيعة[1]، فلو كان لاحد الخصوم نائبا يمثله في الدعوى او وكيلا او وليا او وصيا او قيما، فالحكم حجة على الاصيل لا على النائب فلا تمنع هذه الحجية النائب من رفع الدعوى في المستقبل بصفته اصيلاً لانائباً.

والقاعدة ان الحكم ليس له حجية الا بالنسبة للخصوم انفسهم، وهذا هو مبدأ نسبية الاحكام، فهي لاتسري الا في مواجهة من كان طرفاً في الدعوى التي صدر فيها الحكم، مدعياً كان ام مدعى عليه او شخصاً ثالثاً تدخل في الدعوى او ادخل فيها، خسر الدعوى ام كسبها[2].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في قرار لها الى انه: (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز صحيح وموافق للقانون للاسباب والحيثيات التي استند اليها، حيث ان موضوع الدعوى سبق وان تم الفصل فيه 0 بموجب الدعوى المرقمة000 بداءة كركوك وحسمت بالرد وصدق تمييزاً، وان الاحكام المكتسبة درجة البتات حجة بما فصلت فيه من الحقوق اذا تعلق النزاع بذات الاطراف وذات الحق محلاً وسبباً (المادة 105 من قانون الاثبات) ولايجوز قبول دليل ينقض حجية الاحكام (106م اثبات) لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي)[3].

2- وحدة الموضوع:

ان المقصود بموضوع الدعوى هو الحق او المركز القانوني الذي يطالب به المدعي في عريضة دعواه ويسعى الى حمايته[4]، لذلك فإذا كان موضوع الدعوى

---

(1) د. عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في الاحكام بالتمييز، مصدر سابق، ص190.

(2) استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون البيانات الجديد، مصدر سابق، 180.

(3) قرار رقم 803/مدنية منقول/2009 في 2008/11/30، النشرة القضائية، العدد السادس، مجلس القضاء الاعلى، بغداد، 2009، ص19.

(4) د. آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، مصدر سابق، ص175.

التي فصل فيها الحكم الثاني هو نفس موضوع الدعوى التي فصل فيها الحكم الاول، هنا نكون امام حالة تناقض بين حكمين، والمعيار في معرفة ما اذا كان موضوع الدعويين متحداً، هو ان يكون ماقضى به الحكم الثاني لايعدو ان يكون تكراراً لما قضى به الحكم الاول أو أن يكون مناقضاً لما قضى به الحكم الاول[1]، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في قرار لها[2]: (وجد ان الحكم المميز صحيح وموافق للقانون ذلك لان المميز / المدعي سبق وان اقام الدعوى على المميز عليهم/ المدعى عليهم بنفس المآل(الموضوع) وحسمت بالرد مع اكتساب القرار الدرجة القطعية وحيث ان الاحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيها من الحقوق ان اتحد اطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً وبذلك تكون الدعوى موجبة للرد لسبق الفصل فيها، عليه قرر تصديق الحكم ورد الطعن).

3- وحدة السبب:

ويقصد بسبب الدعوى هو: الواقعة القانونية التي يستند اليها الحق المطالب به في الدعوى، فالسبب في الدعوى قد يكون عقداً او ارادة منفردة او فعلاً غير مشروع او أثراء بلا سبب او نصاً في القانون[3]. فمن يرفع الدعوى ليطالب بملكية عين على اساس الميراث فترفض دعواه، الا انه يكون له ان يرفع دعوى جديدة عن العين ذاتها ولكن على اساس اكتساب الملكية بالشراء.

ويجب التفرقة بين موضوع الدعوى وسبب الدعوى، فقد يتحد موضوع دعويين ولكن مع هذا فالسبب مختلف فيهما، هنا لاتثبت للحكم الصادر في الدعوى

---

[1] د. احمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص502.

[2] قرار رقم 3168/ مدنية عقار/ 2008 في 2009/1/18، النشرة القضائية، العدد الرابع، مجلس القضاء الاعلى، بغداد، 2010، ص26.

[3] استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات العراقي، مصدر سابق، ص208.

الاولى حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة للدعوى الثانية، فعلى سبيل المثال، العقد قد يبطل بطلاناً نسبياً لوجود عيب في الارادة، كالغلط او الاكراه او نقص الاهلية، فإذا ردت دعوى الابطال للغلط، حينذاك يجوز رفع دعوى بطلان جديدة للأكراه او نقص الاهلية لان الموضوع وان كان واحداً في الدعويين وهو البطلان فأن السبب مختلف فيها[1].

رابعاً: ان يكون الحكمان متناقضين بحيث لايمكن تنفيذهما في وقت واحد، ومثال ذلك ان تقضي المحكمة بالمقاصة، ويصدر حكماً اخر بالزام المدعى عليه بدفع الدين الذي طالب به المدعي كاملاً[2].

فإذا نفذ الحكمان، هنا لانكون اما حالة التناقض، ومع ذلك هنالك قضية عرضت على محكمة التمييز وتتضمن ترجيح احد الحكميين الاتيين، الحكم الاول صدر من محكمة بداءة الحلة بتاريخ 1999/5/2 بصدد تصفية اوقاف المرحوم(س) والذي صدق تمييزاً بالقرار رقم 129 /999 في 1999/6/18 ونتيجة لذلك بيعت الاوقاف بالمزايدة العلنية وسجلت في مديرية التسجيل العقاري بأسم شخص اخر، وخلال تلك الفترة من تاريخ صدور القرار البدائي وقرار تصديقه، قررت لجنة الاراضي والاستيلاء في محافظة بابل بالاستيلاء على احد تلك الاوقاف وصدر القرار في 1999/5/10 وصدق من قبل هيئة تمييز الاصلاح الزراعي الاولى بالقرار المرقم 4492 في 1999/6/18 وسجلت ايضاً في مديرية التسجيل العقاري، مما ادى ذلك الى صدور قيود مختلفة لنفس الارض، لذلك قدم طالب الترجيح طلباً لترجيح القرار التمييزي الاول (الصادر من محكمة التمييز) على القرار التمييزي الثاني (والصادر من قبل هيئة تمييز الاصلاح الزراعي) وقد جاء في قرار محكمة

---

[1] د. انور سلطان، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1986، ص169.

[2] استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص424.

التمييز بهيئتها الموسعة بصدد طلب الترجيح مايأتي[1]: (وحيث ان كلا القرارين المطلوب الترجيح بينهما قد نفذا في دائرة التسجيل العقاري وحيث ان الغرض من طلب الترجيح هو من اجل ترجيح احد الحكمين وتقرير تنفيذه، وبما انهما قد نفذا فلم يبق مسوغ لطلب الترجيح لذلك قرر رد الطلب).

والملاحظ على القرار اعلاه انه تجاهل وجود مشكلة حقيقة الا وهو وجود عقار له قيدان مختلفان، القيد الاول يشير الى ملكية(س) للعقار والقيد الثاني يشير الى ملكية (ص) للعقار فأي القيدين هو الصحيح؟ هنا نرى ان الحكمين قد نفذا ولكن اديا بالنتيجة الى تلك الاشكالية.

خامساً: ان يكون التناقض واقعاً في منطوق الحكمين، أي في الفقرة الحكمية، لان التناقض في الاسباب لاتأثير له اذا لم يكن مرتبطاً بمنطوق الحكم ارتباطاً وثيقاً، فإذا صدر حكم برد الدعوى من جهة الاختصاص، والحكم الثاني قضى برد الدعوى لعجز المدعي عن اثبات دعواه، فإن منطوق الحكمين هو رد الدعوى، عندئذ لا يعد ذلك تناقضاً في منطوق الحكمين،وان كان التناقض قد حصل في اسباب الحكمين[2]، وتجدر الاشارة الى ان حالة التناقض بين الاحكام تختلف عن حالة وجود تناقض في منطوق الحكم، أي اذا كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه بعضاً، فالحالة الاخيرة التعارض يحصل في منطوق الحكم ذاته بأن يكون مناقضاً بعضا ومقدماته غير منسجمة مع بعضها، كأن تقضي المحكمة بالحكم للمدعي بمبلغ معين، ثم برد دعوى المدعي، هنا يتعذر تنفيذ الحكم للتناقض الحاصل في منطوقه مما جعله المشرع من حالات الخطأ الجوهري في الحكم والذي يستوجب نقضه[3].

---

(1) قرار رقم 335/ موسعة ثانية، 999 في 2000/4/11، مجلة القضاء التي تصدر عن نقابة المحامين العراقيين، العددان، 1و2 السنة 55، بغداد، 2001، ص129.

(2) ضياء شيت خطاب، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص347.

(3) الفقرة الخامسة من المادة (203) من قانون المرافعات المدنية العراقية، وتجدر الاشارة الى ان المشرع المصري قد اورد هذه الحالة من ضمن حالات الطعن بالتماس اعادة النظر (م5/241) من قانون المرافعات المدنية وكذلك المشرع الاردني فقد اورده من ضمن حالات اعادة المحاكمة(م6/213) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

المطلب الثاني

وسائل معالجة حالة التناقض بين الأحكام

بالنظر لما يترتب على حالة وجود التناقض بين الاحكام من اثار سلبية، تتمثل في عدم استقرار الاحكام القضائية وصعوبة او استحالة تنفيذ الاحكام المتناقضة، مما يؤثر بصورة او بأخرى على النظام القانوني للدولة، ويؤدي الى ضياع حقوق الافراد ومراكزهم القانونية، لذلك لجأ المشرع العراقي الى النص في قانون المرافعات المدنية على مواد عدة للحيلولة دون الوقوع في هذه الاشكالية، لذا سنحاول ان نتناولها على النحو الاتي:

اولاً: وحدة عريضة الدعوى

الاصل في قانون المرافعات المدنية العراقي، ان كل دعوى يجب ان تقام بعريضة[1]، فإذا اشتملت عريضة الدعوى على اكثر من دعوى، فإن المحكمة تكلف المدعي بحصر طلبه في دعوى واحدة، على ان يكون له الحق برفعها مجدداً بعريضه مستقلة لكل دعوى فإن لم يوافق المدعي على ذلك، فإن المحكمة تقرر رد دعواه[2].

الا ان المشرع العراقي اورد في قانون المرافعات بعض الاستثناءات على هذا الاصل، والهدف من ذلك هومنع وقوع التناقض بين الاحكام، حيث انه لو تم الزام المدعي بحصر الدعوى بطلب معين، وكانت هناك طلبات اخرى متصلة بالدعوى الا انه لايستطيع ايرادها في هذه الدعوى استناداً لمبدأ وحدة عريضة الدعوى، فإنه في هذه الحالة سوف يلجأ الى رفع دعوى اخرى بهذه الطلبات، ومن المحتمل جداً، وان لم يكن امراً حتمياً، صدور احكام متناقضة تتعلق بموضوع واحد، لذلك كما اشرنا اورد المشرع بعض الاستثناءات على هذا المبدأ وهي[3]:

---

(1) الفقرة الاولى من المادة(44) من قانون المرافعات المدنية العراقي، والمادة (63) من قانون المرافعات المدنية المصري، والمادة (56) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

(2) صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص70.

(3) الفقرات (2-6) من المادة (44) من قانون المرافعات المدنية العراقي، مع ملاحظة عدم وجود مايقابل هذه المادة في القانونين المصري والاردني.

1- يجوز الادعاء بعريضة واحدة بحق عيني على عدة عقارات اذا اتحد السبب والخصوم، كأن يطلب المدعي الحكم له بالملكية لعدة عقارات، او بحق الانتفاع أو الاستعمال أو السكن لعدة عقارات بشرط إتحاد السبب، وإذا اختلف السبب أو الخصوم أو انعدم الارتباط بين الحقوق العينية موضوع الدعوى فلا يجوز جمعها بعريضة واحدة.

2- يجوز الادعاء بعريضة واحدة بعدة حقوق شخصية وعينية على اموال منقولة بشرط اتحاد الطرفين، كأن يطالب المدعي تسليمه السيارة التي اشتراها من المدعى عليه، والحكم له بأجر مثلها عن فترة بقائها لدى المدعى عليه غصباً، فالطلب الاول يتضمن الحكم بملكية السيارة المبيعة وتسليمها للمشتري، وهذا حق عيني على منقول، أما الطلب الثاني وهو أجر المثل عن فترة الغصب وهذا حق شخصي.

3- إذا تعدد المدعى عليهم وإتحد الادعاء ضدهم او كان مرتبطاً، جاز إقامة الدعوى عليهم بعريضة واحدة، كالدعوى التي يقيمها الدائن على الورثة، لدين يتعلق بالتركة، او الدعوى التي تقام على الشركاء والمتضامنين.

4- إذا تعدد المدعون وكان في إدعائهم أشتراك أو إرتباط، جاز لهم إقامة الدعوى بعريضة واحدة، كأن يكون لتركة المتوفى دين على شخص، فيجوز للورثة مجتمعين إقامة الدعوى على المدين بعريضة واحدة.

5- يجوز ان تتضمن العريضة الطلبات المكملة للدعوى، والطلبات المترتبة على الدعوى، والطلبات المتفرعة عنها، ويشترط في هذه الطلبات ان تكون متعلقة بموضوع الحق الاصلي من حيث الاساس، وأن تكون مستندة لذات الحق ومتلازمة معه، كالمطالبة بالفوائد المترتبة على الدين موضوع الدعوى او المطالبة بالثمار المتأتية من البستان المطالب بمنع المعارضة عنه.

ثانياً: الدعوى الحادثة

من المبادئ المسلم بها في قانون المرافعات، انه ليس للمدعي ان يزيد شـيئاً على طلباته المبينة في عريضة الدعوى، ولا ان يغيـر فـي موضـوعها تغييـراً جوهرياً[1]، كي لايكون المدعى عليه تحت رحمـة المـدعي ومشـيئته[2]، الا ان المشرع وحرصاً منه على عدم حرمان المدعي من فرصة تصحيح طلباته بما يتفق مع ادلة الاثبات التي قدمها وتعديلها في ضوء هذه الادلة، فتعرض في اثناء نظـر الدعوى الاصلية طلبات جديدة يطلق عليها بالدعوى الحادثة.

فالدعوى الحادثة هي التوسع في الدعوى الاصلية باضافة طلبات جديـدة او بتدخل او ادخال اشخاص لم يكونوا من اطرافها حين رفعها[3]. فإذا احدثها المدعي سميت دعوى منضمة، اما اذا قدمت من المدعى عليه سميت بالدعوى المتقابلة،لان المدعى عليه يقابل طلبات المدعي الاضافية بهذه الطلباتٍ وقد يتقدم شخص من غير الخصوم للدخول في الدعوى الاصلية ويسمى بالتدخل في الدعوى[4].

إن الغرض من الدعوى الحادثة، هو سرعة حسم النـزاع بـين الطـرفين، وتجنب اقامة اكثر من دعوى في موضوع واحد وأشغال القضاء دون مبرر، وقـد جاء في الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية، ان للدعوى الحادثة جدواها في انها تحول دون تكرار الدعوى عن ذات الموضوع.

---

[1] الفقرة الثالثة من المادة(59) من قانون المرافعات المدنية العراقي، وتجدر الاشارة الى انه بالرغم مـن عدم وجود مايقابل هذه المادة في القانونين المصري والاردني، الا انه يعد من المبادئ المسلم بها فقهاً وقضاءً – للمزيد حول الموضوع راجع د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضـاء المـدني، مصـدر سابق، ص459،دعوض احمد الزعبي، قانون اصول المحاكمات المدنية، مصدر سابق، ص656.

[2] د. سعدون ناجي القشيطي، شرح احكام قانون المرافعات، مصدر سابق، ص174.

[3] د. ادم وهيب النداوي، مدى سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى، اطروحة دكتوراة، كلية القـانون، جامعة بغداد، 1979، ص121.

[4] المادتين(66،69) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادتين(124،125) من قـانون المرافعـات المدنية التجارية المصري والمادتين(113،114) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

وتحقيقاً لأهداف الدعوى الحادثة في اصدار حكم شامل لجوانب النزاع وتجنباً لتناقض الاحكام في النزاعات ذات العناصر المشتركة، فإن على المحكمة ان تفصل في الدعوى الاصلية والدعوى الحادثة بحكم واحد كلما امكن ذلك، ولكن اذا كانت الدعوى الاصلية جاهزة للحكم وكانت الدعوى الحادثة تستلزم تحقيقاً جديداً، فتفصل المحكمة عندئذٍ في الدعوى الاصلية وتجري التحقيق في الدعوى الحادثة وتصدر حكماً خاصاً بها، اما اذا كان حسم الدعوى الاصلية متوقفاً على حسم الدعوى الحادثة فتفصل المحكمة اولاً في الدعوى الحادثة ثم تفصل في الدعوى الاصلية بعد ذلك[1].

نلاحظ مما تقدم ان الغرض من الدعوى الحادثة،هو تجنب صدور احكام متناقضة في الدعاوى التي يوجد بينها ارتباط،وعنصر الارتباط هذا يعد من أهم شروط قبول الدعوى الحادثة، والمقصود بها هو قيام صلة بين دعويَين تجعل من المناسب ومن مقتضيات العدالة وحسن سير القضاء جمعها امام محكمة واحدة لكي تحققهما وتحكم فيهما، وذلك تجنباً من صدور احكام متناقضة او يصعب التوفيق بينها[2].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها الى انه[3]: (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً، ولدى النظر في الحكم المميز القاضي فسخ العقد المبرم بين الطرفين وجد انه صحيح وموافق للقانون لانسجامه واحكام المادة1/177 من القانون المدني التي اعطت الحق للمتعاقد طلب فسخ العقد اذا أخل الطرف الاخر بالتزامه الا انه ماكان على المحكمة ان ترفض طلب المدعي -المميز عليه- بإقامة دعوى حادثة يطلب

---

(1) المادة(72) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة(127) من قانون المرافعات المدنية المصري والمادة(121) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

(2) vincent(jean),procdure civileDix septieme،paris,1996,p1102.

(2) قرار رقم 396/استئنافية/ منقول/2008 في 2008/5/6، نقلا عن علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، مصدر سابق، ص112.

فيها التعويض لعدم جواز الجمع بين الفسخ والتعويض، حيث ان هذا الاتجاه خاطيء لانه واستناداً الى احكام المادة(67) من قانون المرافعات المدنية والتي تنص على انه تعتبر من الدعاوى الحادثة مايقدمه المدعي تكملة للدعوى الاصلية او مايكون مترتباً عليها أو متصلاً بها بصلة لاتقبل التجزئة بحيث يكون الحكم الذي يقرر لاحدهما من شأنه ان يؤثر في الحكم الذي يجب ان يقرر للإخر، لذلك يصح اقامة دعوى الفسخ مع التعويض وحيث ان المدعي اجاب للطلب ولم يطعن به لذا قرر تصديق الحكم المميز).

ثالثاً: توحيد الدعويين للأرتباط

وهذه وسيلة اخرى ايضاً لمنع وقوع التعارض بين الاحكام تتمثل في توحيد دعويين إذا كان هناك ارتباط بينهما، ويعرف الارتباط بين دعويين كما تقدم بأنه: (وجود عنصر او اكثر مشترك بينهما، كوحدة السبب او الموضوع او الخصوم، حيث تنص المادة(75) من قانون المرافعات المدنية على انه[1]: (اذا تبين للمحكمة ان للدعوى ارتباطاً بدعوى مقامة قبلاً، بمحكمة اخرى فلها ان تقرر توحيد الدعويين وترسل اضبارة الدعوى الى المحكمة الاخرى والقرار الصادر من المحكمة الاخرى برفض التوحيد يكون قابلاً للتمييز).

والحكمة من هذه الاحالة للتوحيد، هو تيسير البت في الدعويين اللتين ترتبطان ببعضهما ارتباطاً جعل من حسن القضاء اصدار حكم واحد فيهما، لتلافي صدور احكام متناقضة، او يكون من الصعب التوفيق بينهما[2].

وطلب التوحيد يقدم الى المحكمة التي اقيمت لديها الدعوى لاحقاً، وبعد ان تطلع هذه المحكمةعلى الدعوى المقامة سابقاً، فيجوز لها ان تقرر الاحالة

---

[1] تقابلها المادة(112) من قانون المرافعات المصري وعدم وجود مايقابها في قانون اصول الحاكمات المدنية الاردني.

[2] مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص125.

اولاتقررها في ضوء توفر عنصر الارتباط[1]. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في قرار لها الى انه[2]: (وجد ان المحكمة رفضت توحيد هذه الدعوى والدعوى البدائية المرقمة 76/802 وقد عللت اسباب الرفض بأن الدعوى المذكورة تنظر من قبل قاضي آخر وقد سار بالدعوى بأتجاه معين يختلف في الرأي، وترى هذه المحكمة ان المادة(75) مرافعات جعلت مناط التوحيد هو وجود ارتباط في الدعويين، وقد اوضح وكيل المدعية (المميز) ان التعويض في الدعويين واحد ويتعلق بإرسالية واحدة، وان بوليصة الشحن واحدة، وقائمة المجهز ووثيقة التأمين واحدة لذلك فأن كل هذه الدلائل تشير الى وجود الارتباط الذي يبرر توحيد الدعويين ولما كانت المحكمة اصدرت قرارها على خلاف ذلك اصبح من المتعين النقض فقرر نقضه).

وتجدر الاشارة الى ان حكم المادة(75) اعلاه، لم يأت على سبيل الالزام، بل ترك للمحكمة تقدير امر الاستجابة لطلب التوحيد او رفضه، حتى وإن توفرت شروط التوحيد[3]، لذلك نرى انه لمنع وقوع التعارض بين الاحكام فإنه يجب الزام المحكمة بتوحيد الدعويين في حالة توفر الشروط، وهنالك امر اخر، فإن القرار الذي تتخذه المحكمة التي وقع امامها طلب التوحيد وتضمن رفض هذا الطلب، فإنه لايقبل الطعن تمييزاً على انفراد وانما يجوز الطعن به مع الطعن بالحكم الذي سيصدر في الدعوى، حيث ان الطعن على انفراد يكون في حالة تقديم الطلب الى المحكمة التي اقيمت لديها الدعوى لاحقاً، وبعد أن تطلع هذه المحكمة على الدعوى المقامة سابقاً فيجوز ان تقرر الاحالة او لا تقررها، فأذا قررت الاحالة فإنها ترسل

---

[1] د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص231.

[2] قرار محكمة التمييز رقم 1573/مدنية/رابعة/976 في 1976/12/13، مجلة الاحكام العدلية، العدد الاول، السنة الثامنة، بغداد، 1977، ص148.

[3] صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص150، كذلك انظر مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص126.

الدعويين الى المحكمة الاخرى لتنظرهما سوية، فإذا رفضت المحكمة اعلاه قرار الاحالة فيكون قرارها قابلاً للطعن تمييزاً على انفراد استناداً الى احكام المادة(75)، أما اذا رفضت المحكمة التي وقع امامها طلب التوحيد الطلب اعلاه، فإن القرار اعلاه لايقبل الطعن تمييزاً على انفراد وإنما يجوز الطعن به مع الطعن بالحكم الذي سيصدر في الدعوى،وهذا الامر محل نظر، حيث أنه في حالة رفض التوحيد، فيجب الانتظار لحين حسم الدعوى ومن ثم الطعن في الحكم وقرار التوحيد، حينذاك من الممكن ان يكون الحكم قد صدر من المحكمة الاخرى المقامة لديها الدعوى التي لها ارتباط بهذه الدعوى، فيؤدي ذلك الى وقوع حالة تناقض بينهما.

لذلك نقترح تعديل المادة(75) من قانون المرافعات بحيث تكون بصيغة ملزمة للمحكمة بتوحيد الدعويين في حالة توفر شروط الارتباط، وكذلك امكانية الطعن في قرار رفض التوحيد على انفراد ودون انتظارٍ حسم الدعوى والطعن بقرار الرفض مع الحكم الذي سيصدر في الدعوى، عليه نقترح للمادة اعلاه الصيغة الآتية:

(اذا تبين للمحكمة ان للدعوى ارتباط بدعوى مقامة قبلاً بمحكمة اخرى فعليها ان تقرر توحيد الدعويين وترسل اضبارة الدعوى الى المحكمة الاخرى، والقرار الصادر برفض التوحيد سواء كان من المحكمة التي قدم اليها طلب التوحيد او المحكمة المحالة عليها الدعوى يكون قابلاً للتمييز).

رابعاً: عدم جواز اقامة الدعوى في أكثرمن محكمة واحدة

قد يقام دعويين بموضوع واحد وأمام محكمتين مختلفتين أو امام نفس المحكمة، ففي الحالة الاولى اذا اقيم دعويان بموضوع واحد امام محكمتين، ويدفع المدعى عليه بأن المدعي اقام دعوى قبلاً في محكمة اخرى بنفس الموضوع،ففي مثل هذه الحالة، يتوجب على المحكمة ان تجلب الدعوى الاولى من محكمتها، والمقامة قبل الدعوى التي تنظرها، وأذا تأيد لها ان موضوع كلا الدعويين واحد

وأن الدعوى الاولى قيد المرافعة ايضاً، فعليها ان تقرر ابطال عريضة الدعوى الثانية التي تنظرها هي وتعيد الدعوى الى محكمتها وتشعرها بالقرار الذي اتخذته[1].

اما اذا كانت الدعويين اللتين بموضوع واحد، قد اقيمتا لدى محكمة واحدة، أي ان المدعي اقام دعويين بموضوع واحد في محكمة واحدة، فللمحكمة ان تقرر توحيد الدعويين[2].

والغرض من المادة اعلاه، هو لتجنب مشاكل الاحكام المتناقضة في الدعوى الواحدة ولتحقيق مبدأ الاقتصاد في الاجراءات[3].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها الى انه[4]: (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعنين التمييزين واقعان ضمن المدة القانونية قرر قبولهما شكلاً ولتعلقها بدعوى واحدة قرر توحيدها).

وهناك ملاحظة مهمة نريد ان نوردها بخصوص الفقرة الثانية من المادة(76) اعلاه من قانون المرافعات المدنية العراقي حيث تنص على انه: (للمحكمة ان تقرر توحيد الدعويين اذا كانت الدعوى الاخرى مقامة لدى المحكمة ذاتها) نرى أن النص غير ملزم للمحكمة حيث وردت كلمة (للمحكمة) وكان الاجدر: أن تكون المحكمة ملزمة بتوحيد الدعويين المقامتين لديها والا فإن المحكمة كيف ستصدر حكماً في دعويين في موضوع واحد، دون ان تقع في تناقض.

---

(1) الفقرة الاولى من المادة (76) من قانون المرافعات العراقي والمادة (108) من قانون المرافعات المصري مع ملاحظة عدم وجود مايقابلها في قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

(2) الفقرة الثانية من المادة (76) من قانون المرافعات العراقي، مع ملاحظة عدم وجود مايقابها في القانونيين المصري والاردني.

(3) استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص305.

(4) قرار رقم 553-554/استئنافية منقول/2009 في 2009/2/2 النشرة القضائية، العدد الخامس عشر، بغداد، 2011، ص23.

لذلك نقترح تعديل، الفقرة اعلاه بحيث تصبح كـالاتي:- م76-1-(..علـى المحكمة ان تقرر توحيد الدعويين إذا كانت الدعوى الاخرى مقامة لدى المحكمـة ذاتها).

خامساً: وقف المرافعة

تنص الفقرة الاولى من المادة (83) من قانون المرافعات المدنية على انه[1]: (اذا رأت المحكمة ان الحكم يتوقف على الفصل في موضوع اخر قـررت إيقـاف المرافعة وإعتبار الدعوى مستأخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضـوع وعندئـذً تستأنف المحكمة السير في الدعوى من النقطة التي وقفت عندها ويجوز الطعن في هذا القرار بطريق التمييز).

ان الفقرة اعلاه نصت على حالة وجود موضوع له ارتباط وثيق بالـدعوى المنظورة، لم يحسم بعد، وأن السير في الدعوى وحسمها يتوقف على حسـم ذلـك الموضوع. لذلك فإن حسم الدعوى المنظورة دون الالتفات الى الـدعوى الاخـرى ذات الصلة بها قد يؤدي الى صدور احكام متناقضة لذا فإن المشرع اجاز للمحكمة وقف هذه الدعوى لحين البت في الدعوى الاخرى.

فعلى سبيل المثال ان الفقرة اولا من المادة(36) من قانون الاثبات العراقـي تنص على انه: (إذا ادعى الخصمَ تزوير السند وطلب التحقّيق في ذلـك ووجـدت المحكمة قرائن قوية على صحة ادعائه، اجابته الى طلبه والزمته ان يقـدم كفالـة شخصية او نقدية تقدرها المحكمة لضمان حق الطرف الاخر).

فهذه المادة الزمت المحكمة بوصف ان الدعوى المنظورة امامها مستأخرة اذا ماطعن الخصم بتزوير السند الذي ابرزه خصمه اثباتاً لدعواه او دفعه حتى ظهـور

---

[1] تقابلها المادة (129) من قانون المرافعات المصري والمادة(122) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

نتيجة التحقيق في صحة ذلك السند[1]، لذلك في حالة عدم استئخار المحكمة لهذه الدعوى واستمرارها في إجراءاتها لحين صدور الحكم، فإنه من الممكن اذا ثبت بعد ذلك أن السند مزور، أن يطعن الخصم الاخر عن طريق اعادة المحاكمة وصدور حكم يناقض الحكم السابق.

الا أننا نرى أن المشرع لم يلزم المحكمة بوقف المرافعة في تلك الحالة حيث أن نص الفقرة الاولى من المادة(83) جاءت على صيغة الجواز (إذا رأت المحكمة... قررت)، وكان المفروض على المشرع ان يلزم المحكمة بوقف المرافعة في تلك الحالة، وكما جاء في نص المادة (26) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على انه: (على المحكمة المدنية وقف الفصل في الدعوى حتى يكتسب القرار الصادر في الدعوى الجزائية المقامة بشأن الفعل الذي اسست عليه الدعوى المدنية درجة البتات وللمحكمة المدنية أن تقرر ماتراه من الاجراءات الاحتياطية المستعجلة)[2].

حيث نرى من نص المادة اعلاه أن وقف المرافعة في تلك الحالة أمر ملزم للمحكمة المدنية، وقد أورد جانب من الفقه قراراً لمحكمة التمييز يأخذ بهذا الاتجاه،وهذا نصه: (لدى التدقيق والمداولة تبين ان محققي الحادث قد تفاوتت رأيهم بشأن الحادث فذهب بعضهم الى احتمال أن الحادث مفتعل، وذهب البعض الاخر الى ان السرقة وقعت، ولكن لم يهتد الى الفاعلين والى جانب هذا ضبط (م) يحمل ساعة من مسروقات محل المميز ولم تجر محاكمته بعد لهروبه بعد أخلاء سبيله، كما يتبين من الاوراق انه لم يصدر بعد قرار بغلق التحقيق وحفظ الاوراق مما يجعل مصير الاجراءات الجزائية لايزال معلقاً، ولما كانت القاعدة في فقه القانون ان(الجزائي يوقف المدني) لما للحكم الجزائي من أثر علىْ الحقوق المدنية بحيث

---

[1] د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص269.

[2] لمزيد من التفصيل انظر د. ياسر ذنون السبعاوي ود. اجياد ثامر نايف، بحوث ودراسات في القانون الخاص، ج2، مصدر سابق، ص26.

يرتبط الحكم المدني بالحكم الجزائي في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً منعاً من تعارض الاحكام، ولأن طبيعة الحكم الجزائي تعلو على سائر الاحكام الاخرى،ولما كانت هذه الاعتبارات متعلقة بالنظام العام فإنه يترتب على قيام التحقيقات الجزائية وتعليقها امام سلطات التحقيق وعدم صدور قرار حاسم في شأنها، إرجاء البت في الحقوق المدنية المرتبطة بها والى ذلك أشارت المادة(83) من قانون المرافعات المدنية من أنه إذا رأت المحكمة ان الحكم يتوقف على الفصل في موضوع إخر قررت إيقاف المرافعة وإعتبار الدعوى مستأخرة حتى يتم الفصل من الناحية الجزائية، ولما كان الحكم في دعوى المميز بتضمين شركة التأمين يتوقف على مصير التحقيقات الجزائية والتي لم يبت فيها بعد بقرار من قاضي التحقيق أو بحكم من المحاكم الجزائية، فأنه يتعين إعمال النص لتوفر شرائطه على ماجرى به قضاء هذه المحكمة وإذا خالف الحكم المميز هذا النظر وقضى في موضوع الدعوى بردها خلافاً لحكم المادة(83) فإنه يكون قد أخطأ في القانون بما يستجوب نقضه)[1].

لذلك نقترح تعديل الفقرة الاولى من المادة (83) وذلك بإلزام المحكمة بوقف السير في الدعوى أذا رأت أن الحكم يتوقف على الفصل في موضوع آخر، وكالآتي:

(إذا رأت المحكمة ان الحكم يتوقف على الفصل في موضوع اخر عليها إيقاف المرافعة وأعتبار الدعوى مستأخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضوع وعندئذٍ تستأنف المحكمة السير في الدعوى من النقطة التي وقفت عندها، ويجوز الطعن في هذا القرار بطريق التمييز).

[1] ضياء شيت خطاب، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية العراقي، مصدر سابق، ص199.

الفَصْلُ الثَّانِي

الرقابة الإجرائية والموضوعية لمحكمة التمييز الاتحادية

المبحث الأول: الرقابة الإجرائية لمحكمة التمييز الاتحادية.

المبحث الثاني: الرقابة الموضوعية لمحكمة التمييز الاتحادية.

الفصل الثاني

الرقابة الاجرائية والموضوعية

لمحكمة التمييز الاتحادية

سبق وأن ذكرنا أن محكمة التمييز تمارس الرقابة على تطبيق المحاكم للقانون، فهي تراقب من جهة تطبيق القواعد الموضوعية للتأكد من وجود القاعدة القانونية وسلامة تطبيقها على وقائع الدعوى بما يؤدي الى احترام كافة القواعد التي سنها المشرع، ومن جهة اخرى تتأكد من مراعاة المحاكم للقواعد القانونية التي تحكم نشاطها، أي تراقب تطبيق القواعد الاجرائية.

وقد أوردت المادة (203) من قانون المرافعات المدنية العراقي بفقراتها الخمسة أحوال الطعن بالتمييز[1]، ومن ثم جاء المشرع وفي المادة (211) من

---

[1] تنص المادة(203) من قانون المرافعات المدنية العراقي على مايأتي: (للخصوم أن يطعنوا تمييزاً لدى محكمة التمييز في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف او محاكم البداءة أو محاكم الاحوال الشخصية ولدى محكمة استئناف المنطقة في الاحكام الصادرة من محاكم البداءة كافة، وذلك في الاحوال الاتية:

1- اذا كان الحكم قد بني على مخالفة القانون او خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله.
2- أذا كان الحكم قد صدر على خلاف قواعد الاختصاص.
3- أذا وقع في الاجراءات الاصولية التي اتبعت عند رؤية الدعوى خطأ مؤثر في صحة الحكم.
4- أذا صدر حكم يناقض حكماً سابقاً صدر في الدعوى نفسها بين الخصوم انفسهم أو من قام مقامهم وحاز درجة البتات.
5- أذا وقع الحكم في خطأ جوهري.

ويعتبر الخطأ جوهرياً أذا أخطأ الحكم في فهم الوقائع أو أغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى أو فصل في شيء لم يدع به الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه أو قضى على خلاف ماهو ثابت في محضر الدعوى أو على خلاف دلالة الاوراق والسندات المقدمة من الخصوم أو كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه لبعض أو كان الحكم غير جامع لشروطه القانونية). وتقابلها المادة(248) من قانون المرافعات المدنية المصري والتي تنص على انه: (للخصوم ان يطعنوا أمام محكمة النقض في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في الاحوال التالية:1- أذ كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة ==

القانون المذكور وأعطى دوراً رقابياً مهما لمحكمة التمييز يتمثل في (نقض المحكمة المختصة بنظر الطعن الحكم المميز من تلقاء نفسها إذا وجدت فيه مخالفة صريحة للقانون ذات أثر بين على صحته، وإن كانت البيانات والاسباب التي قدمها المميز غير كافية لذلك).

نلاحظ مما تقدم، أن رقابة محكمة التمييز على الاحكام المدنية تتجه في اتجاهين، الاول ويتمثل في مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه او تأويله،وكذلك وقوع الحكم في خطأ جوهري، اما الاتجاه الثاني فيتمثل في وقوع خطأ في الاجراءات الاصولية مؤثرة في صحة الحكم، ويلحق بها ايضاً مخالفة قواعد الاختصاص، إذ هنالك عدة اسئلة يجب الاجابة عنها وهي:

1- ماالمقصود بالاجراءات الاصولية التي أتبعت عند رؤية الدعوى؟ وماهي هذه الإجراءات؟ وماهو معيار الخطأ المؤثر في هذه الاجراءات والتي بالنتيجة تؤثر على صحة الحكم؟
2- ماالمقصود بقواعد الاختصاص؟ وماهي أنواعها وطبيعتها؟ وماهي الاثار المترتبة على مخالفتها؟
3- ماالمقصود بمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله؟ وماهي حالات هذا الخطأ أو المخالفة؟
4- ماالمقصود بالخطأ الجوهري؟ وماهو معيار هذا الخطأ؟ وماهي حالاته؟

كل هذه الأسئلة نحاول الاجابة عنها في المبحثين الآتيين:

المبحث الاول: الرقابة الاجرائية لمحكمة التمييز الاتحادية

المبحث الثاني: الرقابة الموضوعية لمحكمة التمييز الاتحادية

= للقانون او خطأ في تطبيقه أو تأويله، 2- اذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الاجراءات اثر في الحكم) ويلاحظ أن المشرع المصري كان دقيقاً في بيان الرقابة الموضوعية والاجرائية لمحكمة النقض، كذلك فإن موقف المشرع الاردني مشابه للمشرع المصري في حالات الطعن انظر المادة(198) من قانون اصول المحاكمات المدنية.

المبحث الاول

الرقابة الاجرائية لمحكمة التمييز الاتحادية

إن المقصود من الاجراءات الاصولية، هي الاعمال القانونية التي يرتب عليها القانون مباشرة اثراً اجرائياً وتكون جزءاً من الدعوى المدنية[1]. فإذا خالفت المحكمة التي أصدرت الحكم القواعد والاجراءات الاصولية التي أوجب القانون عليها مراعاتها وإتباعها،بحيث تؤثر في صحة الحكم، فأن ذلك مدعاة لنقض الحكم.

وإن المقصود بالاجراء المعيب الذي يؤثر على الحكم، هو أن يوجد عيب في الاجراءات وأن تكون هنالك صلة وثيقة بين هذا العيب والحكم الصادر في النزاع[2].

وكذلك فإن الحكم على خلاف قواعد الاختصاص، يمكن عده ايضاً مخالفة للإجراءات، تتمثل بالتجاوز على قواعد الاختصاص القضائي الذي يحدد الاختصاص الوظيفي والنوعي والمكاني لكل محكمة[3].

لذلك سنقسم هذا المبحث الى المطلبين الاتيين:

المطلب الاول: الرقابة على قواعد الاختصاص.

المطلب الثاني: الرقابة على الاجراءات الاصولية المؤثرة في صحة الحكم.

---

[1] د. وجدي راغب، الموجز في مبادئ القضاء المدني، دارالفكر العربي، القاهرة ط1، 1977، ص232. انظر كذلك:

Vincent،procedure civile،op.cit p.865.

[2] د. أمينة النمر، قوانين المرافعات، دار الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1988، ص189.

[3] د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مصدر سابق، ص716 انظر كذلك د. محمد زكي ابو عامر، الاجراءات الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص49.

المطلب الاول

الرقابة على قواعد الاختصاص

تنص الفقرة الثانية من المادة(203) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه[1]: (للخصوم أن يطعنوا تمييزاً... وذلك في الاحوال الاتية: 2- إذا كان الحكم قد صدر على خلاف قواعد الاختصاص).

وتنص المادة(74) من القانون المذكور على انه[2]: (الدفع بعدم الاختصاص المكاني يجب ابداؤه كذلك قبل التعرض لموضوع الدعوى والا سقط الحق فيه).

أما المادة(77) من القانون اعلاه فتنص على انه[3]: (الدفع بعدم اختصاص المحكمة بسبب عدم ولايتها او بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز ابداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى).

كما تنص الفقرة الثالثة من المادة (209) من ذات القانون على انه[4]: (لايجوز إحداث دفع جديد ولا ايراد ادلة جديدة أمام المحكمة المختصة بالنظر في الطعن تمييزاً بأستثناء الدفع بالخصومة والاختصاص وسبق الفصل في الدعوى).

يتضح من النصوص المتقدمة انها تتعلق بقواعد الاختصاص في قانون المرافعات المدنية فما المقصود بقواعد الأختصاص؟ وماهي انواعه، وماهي طبيعته القانونية؟ وماهي الاثار المترتبة على مخالفة قواعد الاختصاص؟

---

(1) تقابلها المادة(199) من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني مع ملاحظة عدم وجود مايقابلها في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(2) تقابلها المادة (108) من قانون المرافعات المصري والمادة(110) من قانون أصول أصول المحاكمات المدنية الاردني.

(3) تقابلها الفقرة الاولى من المادة (109) من قانون المرافعات المصري، الفقرة الاولى من المادة(111) من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني.

(4) تقابلها الفقرة الثانية من المادة(109) مرافعات مصري، والفقرة الثانية من المادة (111) من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني.

كل هذه الاسئلة نحاول الاجابة عنها في الفرعين الاتيين:

الفرع الاول: المقصود بقواعد الاختصاص وانواعه

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لقواعد الاختصاص والاثار المترتبة على مخالفتها

الفرع الاول

المقصود بقواعد الاختصاص وأنواعه

الاختصاص هو نصيب المحاكم من القضايا التي يجوز لها الفصل فيها.

اما المقصود بقواعد الاختصاص، هي تلك القواعد الاجرائية القانونية التي تحدد المنازعات التي تدخل في ولاية كل محكمة[1].

وفكرة الاختصاص تقوم على انه لايمكن ان تكون في الدولة محكمة واحدة تطرح امامها جميع القضايا التي تكون محل نزاع بين جميع الاشخاص، وفي شتى ارجاء الدولة، ولايمكن أن تقوم مثل هذه المحكمة بالفصل في كل مايدخل في ولاية قضاء الدولة.

وإن حسن سير العدالة وتيسير التقاضي، وتحقيق مبدأ الاقتصاد في الاجراءات يقتضي تقريب القضاء من المتقاضين، ولن يتأتى هذا الا بإنشاء محاكم متعددة ومختلفة تتولى وظيفة القضاء، وتوزع على الوحدات الادارية في الدولة، وتتنوع وظائف واختصاصات هذه المحاكم[2].

ويقسم الاختصاص الى ثلاثة أنواع: الاختصاص الوظيفي، والاختصاص النوعي، أوالقيمي، والاختصاص المكاني[3]. أما ما يتعلق بالاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية فأن قانون المرافعات المدنية لم ينظم قواعد هذا

---

(1) استاذنا د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص90.

(2) د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص76.

(3) صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص40.

الاختصاص، أي القواعد التي تنظم ولاية المحاكم العراقية بنظر الدعوى التي ترفع في العراق على العراقي عما ترتب عليه من التزامات نشأت خارج العراق وكذلك على الاجنبي مقيماً فيه وغير المقيم، وإنما نظم ذلك قواعد التنازع الدولي من حيث الاختصاص القضائي المنصوص عليها في المادتين(14،15) من القانون المدني.

لذلك فأننا سنتناول أنواع الاختصاص على النحو الاتي:

أولاً: الاختصاص القضائي الدولي

الاصل في ولاية القضاء أن تكون لمحاكم الدولة بكافة المنازعات التي تحدث بين الاشخاص المقيمين على أقليمها، والتصرفات والوقائع المادية والاموال الموجودة على أرضها، أي أن ولاية القضاء تكون لمحاكم الدولة على الرغم من وجود عنصر أجنبي فيها، ويرجع هذا الاختصاص الى أساسين، الاول[1]: الاخذ بمبدأ شخصية القوانين النسبية،والذي يقرر خضوع جميع مواطني الدولة في منازعاتهم لمحاكم الدولة ولو لم يكونوا مقيمين فيها، والثاني، الأخذ بمبدأ أقليمية القوانين النسبية والذي يقضي بخضوع الاجانب المقيمين على ارض الدولة فيما يتعلق بمنازعاتهم لمحاكم الدولة الوطنية، ذلك أن ولاية القضاء تعد مظهراً من مظاهر سيادة الدولة على مواطنيها وإقليمها.

غير ان الدول لاتجعل الاختصاص لمحاكمها بصورة مطلقة بالمنازعات ذات العنصر الاجنبي، إنما تقتصر على بعضها فقط، والذي يغلب ان يكون للدولة فيها سلطة الالزام بالاحكام والقرارات التي تصدر عن محاكمها، أو ضمان تنفيذها، أي وحسب تعبير فقهاء القانون الدولي الخاص أن الدولة تراعي في تحديد الاختصاص الدولي لمحاكمها (مبدأ الفاعلية أو مبدأ قوة النفاذ)[2].

---

(1) استاذنا د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، ج1، دار وائل للنشر، عمان،2001، ط3، ص474.

(2) أستاذنا د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص177.

وكما ذكرنا فإن قانون المرافعات المدنية العراقي لم يتضمن نصوصاً تتعلق بتنظيم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية، وإنما أكتفى بما ورد في المادتين(14- 16) من القانون المدني العراق والمادة السابعة من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم (38) لسنة 1930، وبعض النصوص في قانون الاحوال الشخصية للأجانب رقم (87) لسنة 1931[1].

لذلك سنتناول الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وعلى النحو الاتي:

1- اختصاص المحاكم العراقية أذا كان المدعى عليه عراقياً

تنص المادة(14) من القانون المدني العراقي على مايأتي:- (يقاضى العراقي أمام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى مانشأ منها في الخارج).

إن هذا النص يستند الى قواعد الاختصاص المكاني، من ان دعوى الدين أو المنقول تقام في محكمة موطن المدعي عليه[2]، وذلك.لأن الاصل براءة الذمة وأن المدعي يجب ان يسعى الى المدعى عليه ويجب ان يخاصمه في دولته لكي يتسنى تنفيذ الاحكام القضائية وحتى لاتتضرر مصالح المدينين،ويشمل النص الشخص الطبيعي والشخص المعنوي وسواء أكانت الدعوى شخصية أم عينية، وسواء أكانت المنازعة حدثت في العراق أم في الخارج[3].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها انه[4]: (وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون، حيث ان المادة(14) من القانون المدني

---

(1) بخلاف المشرع العراقي، فإن المشرع المصري نظم في قانون المرافعات المدنية والتجارية الاختصاص الدولي لمحاكمها في المواد(28-35) وكذلك فعل المشرع الاردني حيث تناول هذا الاختصاص في المواد(27-29) من قانون اصول الحاكمات المدنية.

(2) المادة(37) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة(49) من قانون المرافعات المصري والفقرة الاولى من المادة (36) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

(3) استاذنا د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص93.

(4) رقم القرار 1082 في 28/8/ 2006، نقلا عن علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة للتمييز الاتحادية، مصدر سابق، ص33.

نصت على ان محاكم العراق هي المختصة بالنزاعات التي تحدث بين الطرفين حتى ما نشأ منها في الخارج، اما المادة(24) من القانون المدني التي إعتمدتها المحكمة في قرار الرد المميز فهي تخص موقع الاموال وليس عائديتها ومن ثم فإن النص الواجب التطبيق هو نص المادة(14) المشار اليها وكان على المحكمة السير بالدعوى خاصة وأن المحاكمة تجري بحق المدعى عليه ولم يتقدم بدفع للدعوى سواء أكان شكلياً أم موضوعياً، وعليه قرر نقض الحكم وإعادة الدعوى الى محكمتها للسير وفق ماتقدم).

2- اختصاص المحاكم العراقية أذا كان المدعى عليه اجنبياً موجوداً في العراق

تنص المادة(15) من القانون المدني العراقي على انه: (يقاضى الاجنبي أمام المحاكم العراقية في الاحوال الاتية: أ- إذا وجد في العراق، ب- إذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار وموجود في العراق أو منقول موجود فيه وقت رفع الدعوى،ج- إذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي في حادثة وقعت في العراق).

ففيما يتعلق بالفقرة (أ) من المادة(15) فإن الاجنبي لايمكن أن تباشر ضده دعوى إذا لم يكن موجوداً في العراق لعدم إمكان السيطرة عليه، ويشمل هذا الاختصاص كل الدعاوى عدا الدعاوى العقارية، والدعوى في هذه الحالة تقام في محل وجود العقار، وإذا تعدد المدعى عليهم ولهم مواطن أقامة متعددة من بينها العراق جاز إقامة الدعوى في العراق[1].

---

(1) د. أدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص80.

أما الفقرة (ب) من المادة اعلاه فأساس تحديد الاختصاص في هذه الحالة ليس جنسية اطراف النزاع وإنما العقار والمنقول الموجود في العراق[1].

فأذا كانت الدعوى متعلقة بعقار أو بحق عيني على عقار فتقام في محكمة وجود العقار[2] أما الدعوى المتعلقة بمنقول فتقام في محكمة موطن المدعى عليه أو مركز معاملاته أو المحل الذي نشأ فيه الالتزام أو محل التنفيذ أو المحل الذي اختاره الطرفان لأقامة الدعوى[3].

واخيراً (إذا كان موضوع التقاضي عقداً تم أبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق)، فإن أساس هذا الاختصاص هو سيادة الدولة على أقليمها، ويسرى هذا الاختصاص حتى على الاجنبي الموجود وقت إقامة الدعوى خارج العراق[4].

ثانياً: الاختصاص الولائي (الوظيفي)

تنص المادة (29) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه[5]: (تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة، وتختص بالفصل في كافة المنازعات الا ما استثني بنص خاص)[6].

---

(1) تنص المادة(24) من القانون المدني العراقي على انه: (المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الاخرى وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بعقار، ويسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيه هذا المنقول وقت وقوع الامر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده).

(2) المادة (36) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة(49) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمادة(37) من قانون المحاكمات المدنية الاردني.

(3) الفقرة اولا من المادة(37) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(4) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، ج1، مصدر سابق، ص32.

(5) تقابلها المادة(27) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني مع ملاحظة عدم وجود مايقابلها في قانون المرافعات المدنية المصري.

(6) الشخص الطبيعي هو الانسان (م34 مدني) اما الشخص المعنوي فقد حددته المادة(47) من القانون المدني العراقي بالدولة والادارات والمحافظات والاوقاف والشركات وكل مجموعة من الاشخاص أو الاموال يمنحها القانون الشخصية المعنوية.

فالاختصاص الوظيفي هو نصيب الهيئات القضائية المختلفة في الدولة من سلطة ولاية القضاء في المنازعات والتي بواسطتها تؤمن الدولة الحماية القانونية للأفراد، وإن هذا المبدأ أكدته ايضاً المادة(3) من قانون التنظيم القضائي رقم(160) لسنة 1979 التي تنص على ما يأتي: (تسري ولاية القضاء على جميع الاشخاص الطبيعة والمعنوية العامة والخاصة الا ما أستثنى منها بنص خاص)[1]. إذاً الاصل في الاختصاص الوظيفي للمحاكم المدنية، اختصاص عام وشامل لجميع المنازعات أياً كان نوعها، سواء كانت منازعات مدنية أو تجارية أو كانت غير ذلك، طالما أن المشر ع لم ينص على أن الاختصاص بالمنازعة لجهة قضائية أخرى، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية حول موضوع التنازع على الحصة التموينية للمحضون بين المدعية الأم هي (الحاضنة) والمدعى عليه (الاب) وهذا الموضوع من المواضيع الحديثة الموجودة ولم يبين القانون الجهة أو المرجع الذي يتعين الرجوع اليه في حالة الخلاف أو التنازع حول الحصة التموينية، الا أن المحاكم المدنية بما لديها من سلطة الولاية العامة على جميع الاشخاص، الطبيعة والمعنوية... قد نظرت في هذا الموضوع، وهذا نص القرار[2]: (وجد أن المدعية المميز عليها أدعت لدى محكمة بداءة الموصل أن المدعى عليه هو مطلقها وقد وضع يده على الحصة التموينية الخاصة بطفلتها(ز) منذ 2004/7/1 وحيث ان الطفلة في حضانتها منذ التاريخ اعلاه لذا تطالب الحكم بالزام المدعى عليه بتسليم مفردات الحصة التموينية عيناً وفي حالة تعذر ذلك الزامه بقيمتها نقداً، وأصدرت محكمة الموضوع حكماً حضورياً قضى بإلزام المدعى عليه بتأديته للمدعية الحصة التموينية لطفلتها عيناً وفي حالة تعذر ذلك دفع أقيامها المؤشرة أزاء كل منها.

---

(1) تقابلها المادة(15) من قانون السلطة القضائية المصري(46) لسنة 1972 المعدل والمادة الثانية من قانون تشكيل المحاكم النظامية الاردني رقم(17) لسنة 2001.

(2) قرار رقم 292/ استئنافية منقول/ 2008 في 2008/4/10، النشرة القضائية، العدد الثاني، 2008، ص10.

القرار: وجد ان الحكم صحيح، وموافق للقانون للأسباب والحيثيات التي أستند عليها حيث أجرت المحكمة التحقيقات القضائية المطلوبة في المرحلتين البدائية والاستئنافية وثبت لها استلام المدعى عليه الحصة التموينية المخصصة لإبنته(ز) والتي هي بحضانة المدعية وكان رأي أهل الخبرة مسبباً ومفصلاً وقد أعتمدته المحكمة سبباً لحكمها كونه كان منسجماً مع مقتضيات المادة(140) من قانون الاثبات، وعليه لما تقدم وللأسباب الواردة في الحكم المميز فأنه يكون صحيحاً قرر تصديقه).

وتجدر الاشارة الى أن المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية وقانون التنظيم القضائي لم يحدد الاستثناءات الواردة على ولاية المحاكم المدنية للفصل في المنازعات وأنما ترك ذلك الى النصوص الواردة في القوانين المختلفة، مع ملاحظة ان هذه الاستثناءات ورد معظمها ضمن قرارات مجلسٍ قيادة الثورة المنحل التي كانت تصدر في حينها، الا انه بصدور القانون رقم(17) لسنة 2005(قانون الغاء النصوص القانونية)[1]، والذي الغى بموجبه النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعوى، أصبحت الاستثناءات على الولاية العامة للمحاكم محدودة في نطاق معين ولدينا ملاحظات على القانون اعلاه، وسنوضحها على النحو الاتي:

1- تنص المادة(1) من قانون الغاء النصوص القانونية أعلاه على انه: (تلغى النصوص القانونية أينما وردت في القوانين والقرارات الصادرة من مجلس قيادة الثورة (المنحل) أعتباراً من 1968/7/19 ولغاية2003/4/9 التي تقضي بمنع المحاكم من سماع الدعاوى الناشئة من تطبيق القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة المنحل).

---

[1] جاء في الاسباب الموجبة لتشريع هذا القانون مايأتي: حيث ان الاصل هو الولاية العامة للقضاء للنظر الى المنازعات وأن سلب هذه الولاية منه غير جائز الا على سبيل الاستثناء، وبما لايؤثر على حقوق المواطن الاساسية وحيث ان النظام السابق قد توسع بشكل غير إعتيادي في الكثير من القضايا وهو منهج يخالف مبدأ العدالة ولغرض بناء دولة القانون شرع هذا القانون.

يفهم من نص المادة اعلاه هو الغاء أي قانون أو قرار صادر من مجلس قيادة الثورة (المنحل) للفترة المشار اليها اعلاه والتي تقضي بمنع المحاكم من سماع الدعاوى الناشئة من تطبيق القوانين أعلاه، معنى ذلك واستناداً لمفهوم المخالفة، أن القوانين الصادرة قبل 1968/7/19 والمتضمنة منع المحاكم من سماع الدعاوى... غير مشمولة بأحكام قانون الالغاء، كالدعوى المقامة على من يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية استناداً لنص المادة الاولى من قانون إمتيازات الممثلين السياسيين في العراق رقم (4) لسنة 1935 المعدل الذي ينص على انه: (إن الممثلين السياسين مصونون من سلطة المحاكم في الامور المدنية والتجارية والجزائية) إلا ان المادة(31) من أتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961 والتي إنضم اليها العراق بالقانون رقم 23 لسنة 1968 قد نصت على استثناءات واردة على تمتع الدبلوماسي بالحصانة تتعلق بالنشاط التجاري والعقارات المستخدمة لغير اغراض البعثة والدعاوى المتعلقة بشؤون الأرث والتركات.

2- وكذلك فإن القوانين الصادرة بعد 2003/4/9 تكون غير مشمولة بأحكام قانون الالغاء، أي إذا ورد نص في قانون معين صدر بعد 2003/4/9 تمنع المحاكم من سماع الدعاوى الناشئة عن تنفيذ ذلك القانون، فإن هذا النص لايشمله الالغاء.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في قرار لها الى انه[1]: (إذا كان أفراد الحرس الوطني والجيش العراقي يتمتعون بالحصانة المدنية والجزائية بموجب الامر(3) القسم(2) الفقرة(3) الصادر عن سلطة الائتلاف، فإن ذلك لايشمل المتبوع وهي وزارة الدفاع ولاتعفيه عن أعمال تابعيه (أفراد الجيش والحرس الوطني) نتيجة قيامهم بأعمال تدخل ضمن مهامهم وبالتالي فإن المتبوع يلزم بالتعويض عن الضرر الناشيء عن فعل التابع إستناداً للمادة (219) مدني.

---

[1] قرار رقم 24 في 2007 /10/29، نقلا عن علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الإتحادية، مصدر سابق، ص96.

3- تنص المادة الثالثة من القانون المذكور على انه:(تستثنى قوانين وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ووزارة التربية والضرائب وقرارات منع التجاوز على أراضي الدولة من أحكام هذا القانون).

يفهم من النص اعلاه، أن القوانين المشار اليها مستثناة من أحكام قانون الالغاء، أي أن المحاكم ممنوعة من سماع الدعاوى المتعلقة بتنفيذ قوانين التعليم العالي والتربية والضرائب وقرارات منع التجاوز على أراضي الدولة، على الرغم من ان القوانين والقرارات اعلاه صدرت اثناء الفترة من 1968/7/19 الى 2003/4/9.

4- ان المادة (10) من قانون التنظيم القضائي والتي تنص على انه: (لاينظر القضاء في كل مايعتبر من أعمال السيادة)، يعد ملغياً بحكم قانون الغاء النصوص القانونية أعلاه، أي أن أعمال السيادة لاتتمتع بحصانة قضائية.

5- ليس للمحاكم في العراق أن تبت في مسألة دستورية القوانين التي تشرعها السلطة التشريعية، فتخرج هذه المسائل من وظيفة القضاء، أي أن المحاكم لاتملك سلطة الغاء القانون أو الامتناع عن تطبيقه بحجة مخالفته للدستور، وذلك لأنْ المحكمة الاتحادية العليا هي المختصة بالنظر بدستورية القوانين[1]. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في حكم لها الى انه: (وجد ان الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ذلك لان وكيل المميز/ المدعى عليه دفع بجلسة يوم2008/11/5 بعدم دستورية المادة (3/29) من قانون الاحوال الشخصية مما كان الواجب تكليفه بتقديم دعوى بذلك وبعد إستيفاء الرسم القانوني عنها تبت في قبول الدعوى فإن قبلتها ترسلها مع المستندات الى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الدفع بعدم شرعية المادة أعلاه وتتخذ المحكمة قراراً بأستئخار الدعوى

[1] وردت إختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في المادة(90) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

الاصلية، أما في حال رفض الدفع فإن قرارها بذلك يكون خاضعاً للطعن أما المحكمة الاتحادية استناداً للمادة(4) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2005 وحيث أن المحكمة أصدرت حكمها خلافاً لما ذكر قرر نقضه)[1].

6- المحاكم المدنية ممنوعة من سماع الدعاوى المتعلقة بتطبيق قانون الخدمة المدنية، حيث تنص الفقرة الاولى من المادة(59) من قانون الخدمة المدنية رقم 24 لسنة 1960 المعدل على ما يأتي :(لاتسمع المحاكم الدعاوى التي يقيمها الموظف أو المستخدم الذي يدعي بحقوق نشأت من هذا القانون أو بموجب قانون الخدمة المدنية رقم(55) لسنة 1956 المعدل أو أي نظام صدر بموجبها بل يكون البت في مثل هذه القضايا وما يتفرع عنها في مجلس الانضباط العام).

وكما بينا سابقاً فإن قانون الخدمة المدنية غير مشمول بأحكام قانون الغاء النصوص القانونية وذلك لانها صدرت قبل 1968/7/19.

وتجدر الاشارة الى انه قبل صدور قانون الالغاء اعلاه، كانت هناك قوانين عدة تنص على منع المحاكم من سماع الدعاوى الناشئة عن تطبيقها ومثال ذلك:

1- الدعاوى المتعلقة بالجنسية العراقية إستناداً لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (413) لسنة 1975.
2- الدعاوى المتعلقة بقانون تنظيم التجارة رقم 20 لسنة 1970 استناداً للمادة(26) منه.
3- الدعاوى المتعلقة بالتأمين من حوادث السيارات إستناداً الى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 815 في 20 /1983/6 والذي منع المحاكم على

---

[1] قرار رقم 5801 شخصية أولى/2009 في 2009/5/11، النشرة القضائية، العدد التاسع، 2009، ص11.

أختلاف أنواعها من سماع دعاوي المطالبة بالتعويض عن الوفاة أو الاصابة البدنية وفقاً لأحكام قانون التأمين الالزامي من حوادث السيارات رقم (52) 1982.

4- الدعاوى المتعلقة بتنفيذ احكام قانون الاصلاح الزراعي رقم(117) لسنة 1970.

5- الدعاوى الناجمة عن تنفيذ مشاريع الري رقم (28) لسنة 1971 استناداً للمادة التاسعة منه.

6- اعمال السيادة، استناداً الى المادة العاشرة من قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 المعدل.

وقد جرى القضاء في العراق بأنه إذا نص قانون على منع المحاكم من النظر في الدعاوى الناجمة عن تنفيذ قانون معين، فإن هذا المِنع يقتصر على النظر في الاجراءات المتعلقة بتطبيق القانون بشأن الدعوى محل الخلاف، وأن قيد المنع لايسري على الفصل في أن الواقعة مشمولة بأحكام هذا القانون أم غير مشمولة به[1].

ثالثاً: الاختصاص النوعي[2]

يقصد به تحديد ولاية المحكمة في النظر في نوع معين من الدعاوى، أوهو سلطة المحاكم بالفصل في المنازعات بحسب نوعها أو قيمتها[3].

---

(1) مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص43.

(2) نظم المشرع المصري الاختصاص النوعي في المواد(42-48) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، أما المشرع الاردني فقد نظمه في المواد (30-33) من قانون اصول المحاكمات المدنية.

(3) وتجدر الاشارة الى ان الاختصاص القيمي لم يعد له أهمية تؤخذ بنظر الاعتبار في الوقت الحاضر لاسيما بعدما الغيت محاكم الصلح التي كانت تنظر الدعاوى التي لاتزيد قيمتها على خمسمائة دينار وبعض الدعاوى الاخرى، حيث انيط اختصاص محاكم الصلح بمحاكم البداءة، وتظهر أهمية الاختصاص القيمي في طرق الطعن بالدعاوى التي لاتزيد قيمتها على خمسمائة دينار إذّا كانت من دعاوى الدين أو المنقول فإن الطعن فيها يكون بدرجة اخيرة ويخضع الحكم الصادر فيها الى --

حيث تختص محكمة البداءة بنظر الدعاوي البدائية التي نص القانون عليها[1]، (وتختص محكمة الاحوال الشخصية بنظر الدعاوى المتعلقة بالاحوال الشخصية للمسلمين العراقيين، والمسلمين غير العراقين إذا كان يطبق عليهم قانون أحوال شخصية خاص بهم)[2].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في قرار لها على انه[3]: (بما أن المدعية مصرية الجنسية وزوجها مصري الجنسية، وان المدعية أقامت الدعوى لدى محكمة الاحوال الشخصية في الكرخ تطلب فيها أيقاع الطلاق الخلعي بينهما لاتفاقهما على ذلك،وحيث أن المحاكم في جمهورية مصر العربية تحكم بمقتضى أحكام الشريعة بين المسلمين وأن محاكم الاحوال الشخصية في العراق تقضي بمقتضى قانون الاحوال الشخصية المستمد من أحكام الشريعة الاسلامية بين المسلمين وبذلك فإن محاكم الاحوال الشخصية في العراق تختص في دعوى الاحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين غير العراقيين الذين تطبق عليهم الاحكام الفقهية في الشريعة الاسلامية).

نرى من القرار اعلاه، ان محكمة التمييز أعطت الاختصاص لمحكمة الاحوال الشخصية في الدعوى المقامة بين شخصين (زوجين) مصريي الجنسية، كذلك فإن محكمة التميز الاتحادية وفي قرار حديث لها ذهبت الى هذا الاتجاه

== الطعن تمييزاً أمام محكمة استئناف المنطقة،أما اذا كانت قيمتها تزيد على خمسمائة دينار ولاتزيد على الف دينار، فيكون الحكم الصادر فيها خاضعاً للطعن تمييزاً امام محكمة التمييز وإذا كانت قيمتها تزيد على الف دينار، فإن الحكم الصادر فيها يكون خاضعاً للطعن بطريق الاستئناف لدى محكمة استئناف المنطقة. للمزيد من التفصيل انظر صادق حيدر، شرح قانون مرافعات المدنية، مصدر سابق، ص49.

(1) المادتين (31-32) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(2) المادة(300) من قانون المرافعات المدنية العراقي والفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون الاحوال الشخصية للأجانب رقم(38) لسنة 1931 المعدل.

(3) قرار رقم 111/موسعة اولى/ 982 في 1982/2/11، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الاول، السنة (13)، ص41.

أيضاً، حيث قضت[1]: (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون، وذلك لان محكمة الاحوال الشخصية في الرمادي حسمت الدعوى قبل البت بموضوع القانون الواجب التطبيق إذا أن المثبت في عريضة الدعوى أن طرفي الدعوى مصريا الجنسية، عليه يكون من الواجب التحقق من ذلك، فأن تبين انهما مصريا الجنسية ولازالا محتفظين بهذه الجنسية فإن احكام القانون المصري هي واجبة التطبيق وليس احكام قانون الاحوال الشخصية العراقي عملاً بأحكام المادة(19) من القانون المدني لذا قرر نقضه وإعادة الاضبارة الى محكمتها للسير بها وفق ماتقدم مع التنويه الى ملاحظة احكام المادة الثالثة من قانون الاحوال الشخصية للأجانب رقم(78) لسنة 1931 المعدل).

وبالنسبة لمحكمة العمل، فإنها تختص بالفصل في الدعاوى المنصوص عليها في المادة (139) من قانون العمل رقم(71) لسنة 1987 المعدل، ومحكمة المواد الشخصية تختص بنظر قضايا الاحوال الشخصية للعراقيين غير المسلمين، وللأجانب من غير المسلمين والاجانب المسلمين الذين يطبق عليهم قانون مدني في احوالهم الشخصية وليس الشريعة الاسلامية[2].

وتختص محكمة الاستئناف بنوعين من الاختصاصات[3]، الاول هو الاختصاص الاستئنافي، ويكون ذلك في الاحكام الصادرة عن محكمة البداءة بدرجة اولى والمسائل الاخرى المبينة بالقانون، والثاني، الاختصاص التمييزي ويشمل النظر تمييزاً في القرارات الصادرة من محكمة البداءة المنصوص عليها في الفقرة الاولى من المادة (216) من قانون المرافعات.

---

(1) قرار رقم 1923/ هيئة الاحوال الشخصية الاولى/2008 في 2008/7/20، النشرة القضائية، العدد ثالث، 2008، ص32.

(2) المادة(33) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(3) المادة(34) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

أما فيما يتعلق بالاختصاص النوعي لمحكمة التمييز،فسبق ان تطرقنا اليها في الفصل التمهيدي.

رابعاً: الاختصاص المكاني[1]

المقصود بالاختصاص المكاني هو توزيع سلطة أو ولاية القضاء بالمنازعات بين المحاكم المتعددة بحسب المكان او المركز، وتعدد المحاكم بحسب الاختصاص المكاني يشمل جميع المحاكم، على اختلاف درجاتها وأنواعها، فيما عدا محكمة التمييز التي لايتسنى لها القيام بوظيفتها وهي توحيد القانون الا اذا كانت محكمة منفردة تقع على رأس النظام القضائي[2].

ويراعي المشرع في تحديد المحكمة المختصة مكانيا أساسين مهمين[3]، الاول: تحقيق موازنة عادلة بين الخصوم في الدعوى، فهو في الوقت الذي يكفل للمدعي إختيار الوقت الذي يرفع فيه دعواه في سقف زمني رحب يعد فيه مستنداته، يضمن للمدعى عليه في الوقت نفسه عدم تحمل المشاق في الدفاع، مما يستلزم أن ترفع الدعوى الى المحكمة القريبة منه، ولأن الأصل براءة الذمة. أما الأساس الثاني: توخي نظر الدعوى من قبل القاضي الذي يكون بأمكانه أكثر من غيره الاحاطة بتفاصيل موضوع الدعوى لقربه منه.

وقد يعطي المشرع خيارات متعددة في إقامة الدعوى لأسباب أنسانية كما في دعاوى الاحوال الشخصية.

---

(1) نظم المشرع العراقي قواعد الاختصاص المكاني في المواد(36–43) من قانون المرافعات المدنية، أما المشرع المصري فقد نظمه في المواد(49–62) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، والمشرع الاردني نظمه في المواد (36–47) من قانون اصول المحاكمات المدنية.

(2) استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص118، د. محمد محمود هاشم، قانون القضاء المدني، ج1، دار الفكر العربي القاهرة، 1981، ص317.

(3) د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص100.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لقواعد الاختصاص

والاثار المترتبة على مخالفتها

نحاول في هذا الفرع ان نتطرق لموضوع الطبيعة القانونية لقواعد الاختصاص ومدى تعلقها بالنظام العام من عدمه، ومن ثم نتناول موضوع تنازع الاختصاص بشقيه السلبي والايجابي واخيراً نوضح الاثار المترتبة على مخالفة قواعد الاختصاص وعلى النحو الاتي:

اولاً: الطبيعة القانوينة لقواعد الاختصاص

الاصل ان قواعد الاختصاص في عمومها إنما ترمي الى تنظيم مرفق عام من مرافق الدولة، وهو مرفق القضاء، عملاً على حسن إدارة مرفق العدالة وتطبيق القانون في المجتمع، وهي تعد من هذه الناحية قواعد آمرة لتعلقها بالنظام العام، الا ان من بين قواعد الاختصاص مايهدف الى رعاية مصلحة خاصة تيسيراً على الافراد لمباشرة حقهم في الالتجاء الى القضاء، ولايستهدف المشرع بهذه القواعد تحقيق مصلحة عامة،ولاتتعلق بمصلحة أساسية في المجتمع، لذلك لاتتعلق هذه القواعد بالنظام العام[1].

وسنتناول الطبيعة القانونية لقواعد الاختصاص على النحو الاتي:

1- طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي

سبق وأن بينا أن المقصود بالاختصاص القضائي الدولي، هو بيان الاحوال التي تختص فيها المحاكم الوطنية بنظر النزاع المشتمل على عنصر اجنبي،ومن المسلم به أن القواعد المنظمة لتنازع الاختصاص هي من وضع المشرع الوطني، لانه يحدد إختصاص المحاكم الوطنية، كما يحدد بصورة غير مباشرة إختصاص

---

[1] د. محمد محمود هاشم، قانون القضاء المدني، ج1، مصدر سابق، ص412.

المحاكم الاجنبية، حينما يتخلى المشرع الوطني عن هـذا الاختصـاص لمحكمـة اجنبية[1].

وفيما يتعلق بطبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي، فيذهب جانب مـن الفقه[2] الى أن الاصل في الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المدنية العراقيـة، لايعد من النظام العام، وذلك تطبيقاً للقواعد المعروفة في القانون الدولي الخـاص، التي تنص على أن المحاكم الوطنية هي المختصة في الدعاوى حتى لولم تكن فـي اختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً، وبحسب هذا الاتجاه فإنه إذا رفعت الدعوى أمام المحاكم العراقية ولم تكن مختصة بها ولم يتمسـك الخصـوم أمامها بعدم الاختصاص، فإن المحكمة لايجوز لها أن تحكـم بعـدم الاختصـاص القضائي الدولي، وذلك لأحتمال قبول الخصم لهذا الاختصاص صراحة أو ضمناً.

ونحن نؤيد هذا الاتجاه، ولكن في شق منه، وهي حالـة عـدم إختصـاص المحاكم العراقية دولياً، أي في حالة إذا لم يكن القضاء العراقي صاحب الاختصاص الدولي، في هذه الحالة لايعد هذا الاختصاص من النظام العام ويجوز الأخذ بمبـدأ الخضوع الإرادي.

ولكن الشق الاخر من الموضوع، هو أنه إذا عقد الاختصاص الدولي للمحاكم العراقية، في هذه الحالة نكون امام قواعد متعلقة بالنظام العام ولايجوز مخالفتهـا، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في قرار لها الى أنه[3]: (لدى التدقيق والمداولة وجد أن من الثابت أن القضاء العراقي هو المختص في النظر والبت في الـدعوى وبالنظر الى أحكام المادة(14) من القانون المدني التي نصـت علـى أن يقاضـى العراقي أمام محاكم العراق عما يترتب في ذمته من حقوقٍ حتى مانشأ منهـا فـي

---

(1) أستاذنا د. غالب الداودي، ود. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج2، مصدر سابق، ص230.

(2) استاذنا د. عباس العبودي، شرح قانون احكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص124.

(3) قرار رقم 1045/ حقوقية/ 58 في 1958/5/28،نقلا عن عبد العزيز السهيل، احكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني،ج1، مطبعة دار التضامن، بغداد، 1962، ص36.

الخارج، وحيث ان المادة(37) من قانون المرافعات تنص على انه تقام دعوى الدين أو المنقول في محكمة موطن المدعى عليه فتكون محكمة بداءة البصرة هي المختصة لكونها محل أقامة المدعي عليه الدائم).

2- طبيعة قواعد الاختصاص الولائي (الوظيفي)

إن قواعد الاختصاص الوظيفي يعد من النظام العام، وذلك لانه يتعلق بتحديد ولاية جهات القضاء المختلفة، فهو يقوم على اعتبارات عامة، ولايأخذ بنظر الاعتبار الاشخاص المتقاضين، وقد جاء نص المادة(77) من قانون المرافعات المدنية صريحاً في هذا المجال، من أن الدفع بعدم إختصاص المحكمة بسبب عدم ولايتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز إبداؤه في أية حالة كانت عليها الدعوى[1].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها إلى انه[2]: (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة في محكمة التمييز الاتحادية وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون لصدوره من محكمة غير مختصة وظيفياً بنظر الدعوى، ذلك لأن الاختصاص الوظيفي من النظام العام ولأن محكمة العمل تختص بنظر دعاوى المنازعات المدنية والجزائية المنصوص عليها في المادة(139) من قانون العمل رقم (71) لسنة 1987 المعدل، ولتعاقد المدعي مع دائرة رسمية حكومية بموجب عقد مرفق فلا يسري عليه قانون العمل الذي يسري على القطاع الخاص والمختلط والتعاوني وعليه تكون محاكم البداءة هي المختصة بنظر الدعوى).

---

(1) مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص42.

(2) قرار رقم 241 في 2008/4/22 نقلا عن علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، مصدر سابق، ص40.

3- طبيعة قواعد الاختصاص النوعي

إن هذا النوع من الاختصاص يعد من النظام العام، وهذا يعني أن المحاكم ملزمة بمراعاة قواعده وليس لها الخروج عليها، وكما لايمكن للأطراف الاتفاق على خلافها، ويقع باطلاً كل إتفاق من هذا القبيل، وهذا ماأكدته المادة(77) من قانون المرافعات المدنية العراقي والتي تنص على[1]: (الدفع بعدم أختصاص المحكمة بسبب عدم ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز ابداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى).

4- طبيعة قواعد الاختصاص المكاني

إن قواعد الاختصاص المكاني لاتتعلق بالنظام العام، لان هذه القواعد لاتتعلق بالمصلحة العامة وإنما بمصلحة الخصوم إذ روعي فيها تيسير سبل التقاضي على المتقاضين، بجعل الاختصاص ينعقد للمحكمة القريبة من موطن الخصوم، وبالاخص المدعى عليه حتى لايتكبدوا الجهد والمال في سبيل ممارسة حق الدفاع عن أنفسهم إذا مارفعت الدعوى أمام محكمة بعيدة عن موطنهم، لذلك فإن قواعد الاختصاص المكاني لاتعد من النظام العام،وقد نصت المادة (74) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه[2]: (الدفع بعدم الاختصاص المكاني يجب ابداؤه قبل التعرض لموضوع الدعوى والا سقط الحق فيه).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها الى انه[3]: (أحكام الاختصاص المكاني ليست من النظام العام فللخصوم وحدهم حق الطعن في قرار رفض الاحالة وليس للمحكمة مثل هذا الحق).

---

[1] تقابلها المادة(109) من قانون المرافعات المدنية المصري والمادة(111) من قانون أصول الحاكمات المدنية الاردني.

[2] تقابلها المادة(108) من قانون المرافعات المصري والمادة(110) من قانون أصول الحاكمات المدنية الاردني.

[3] قرار رقم 102 / هيئة موسعة مدنية/ 2010 في 2010/5/26، النشرة القضائية، العدد الاول، السنة الرابعة، بغداد، 2011، ص92.

ثانياً: تنازع الاختصاص

يثور تنازع الاختصاص إذا رفعت الدعوى الواحدة أمام محكمتين مختلفيتن،فقد يحدث أن يرفع النزاع الى محكمة مختصة به، ثم يرفع أمام محكمة اخرى غير مختصة،وقد يحدث أن تقرر كلتا هاتين المحكمتين إختصاصها بنظر الدعوى وعندها نكون أمام تنازع أيجابي في الاختصاص، وقد يكون العكس عندما تقضيان بعدم إختصاصهما بنظر الدعوى،وفي الواقع العملي يمكن تصور هذه الحالة عندما يقوم المدعي وعلى سبيل المثال برفع الدعوى أمام محكمة بداءة كركوك ومن ثم يبادر المدعى عليه برفع دعوى أمام محكمة بداءة الموصل، هنا نكون أمام تنازع إيجابي، حيث أن كلتا المحكمتين سوف تفصلان في موضوع النزاع، ومن الممكن أن تؤدي هذه الحالة الى صدور احكام متناقضة كما بينا ذلك سابقاً.

لعلاج هذه الحالة فأن المشرع العراقي وفي المادة(76) من قانون المرافعات المدنية قد نص على انه[1]: (1- لايجوز إقامة الدعوى الواحدة في أكثر من محكمة واحدة فإذا أقيمت أكثر من محكمة أعتبرت عريضة الدعوى المقامة أولاً وأبطلت العريضة الاخرى).

أما التنازع السلبي، فيكون في حالة أن تقضي محكمتان بعدم إختصاصهما بنظر الدعوى، أي ان تتخلى كلتاهما عن نظر الدعوى، وقد عالج قانون المرافعات المدنية العراقي الحالة هذه، بأن أوجب على المحكمة التي تقتضي بعدم إختصاصها

(1) تقابلها المادة(108) من قانون المرافعات المصري، مع ملاحظة أن المشرع الاردني قد عالج مسألة تنازع الاختصاص بشقيه الايجابي والسلبي في المادة(35) من قانون أصول المحاكمات المدنية فإذا كان التنازع بين محكمتين تابعتين لمحكمة إستئناف واحدة، فتعين محكمة الاستئناف المحكمة المختصة بنظر الدعوى أما إذا كان التنازع بين محكمتين لاتتبعان محكمة إستئناف واحدة أو بين محكمتي إستئناف فتعين محكمة التمييز المحكمة المختصة بنظر الدعوى.

أن تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة[1]، فإذا رأت المحكمة المحالة عليها الدعوى أنها لاتختص بنظرها فيكون قرارها قابلاً للطعن بالتمييز[2].

أما في حالة أذا نقضت محكمة التمييز الحكم بسبب عدم إختصاص المحكمة فيجب عليها أن تعين في قرارها المحكمة المختصة وترسل أوراق الدعوى اليها وتشعر المحكمة التي أصدرت الحكم بذلك[3].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في قرارها الى ان[4]: (الهيئة الموسعة في محكمة التمييز الاتحادية تختص بتعيين المحكمة في حالة النزاع بين محكمتين بشأن الاختصاص).

وقبل ان ننهي موضوع التنازع، بقي أن نشير الى حالة حصول تنازع الاختصاص بين المحاكم الاتحادية والمحاكم الاقليمية أي المحاكم الموجودة في الاقليم والمحافظات غير المنتظمة في أقليم، وخصوصاً أنه في الوقت الحالي توجد محاكم إقليمية في أقليم كوردستان العراق وتوجد فيها محكمة تمييز إقليمية فمن المتصور جداً أن يحصل تنازع في الاختصاص بينهم، وطريقة معالجة ذلك التنازع

---

(1) المادة(78) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(2) المادة(79) من قانون المرافعات المدنية العراقي، مع ملاحظة أن الهيئة الموسعة في محكمة التمييز الاتحادية هي المختصة بالنظر في موضوع النزاع الحاصل حول تعيين الاختصاص (م13-ب-2) من قانون التنظيم القضائي،وتجدر الاشارة الى ان المادة(110) من قانون المرافعات المدنية المصري تنص على انه: (إذا قضت المحكمة بعدم إختصاصها أن تأمر بأحالة الدعوى بحالتها الى المحكمة المختصة وتلتزم المحكمة المحالة اليها الدعوى بنظرها)، هنا المشرع المصري الزم المحكمة المحالة اليها الدعوى بنظرها ولم يترك لها مجال الرفض، ونرى أن موقف المشرع العراقي هو الاصوب لانه في هذه الحالة من الممكن أن لاتكون المحكمة المحالة اليها الدعوى مختصة،فلماذا يتم الزامها بنظر الدعوى مع عدم إختصاصها ومصادرة رأيها في هذه الحالة ايضاً.

(3) المادة (212) من قانون المرافعات العراقي وتقابلها المادة(269) من قانون المرافعات المصري والمادة (199) من قانون أصول الحاكمات المدنية الاردني.

(4) قرار رقم 53 في 2007/4/21، نقلا عن علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، مصدر سابق، ص35.

تناولته المادة(90) من دستور جمهورية العراق للعام 2005، ومن ضمن إختصاصات المحكمة الاتحادية العليا حيث تنص المادة أعلاه على مايأتي: (ثامناً:أ- الفصل في تنازع الاختصاص فيما بين القضاء الإتحادي والهيئات القضائية للإقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم).

ثالثاً: الاثار المترتبة على مخالفة قواعد الاختصاص

هنالك آثار تترتب على مخالفة قواعد الاختصاص، وهذه الاثار تختلف فيما إذا كانت المخالفة تنصب على القواعد المتعلقة بالنظام العام عن قواعد الاختصاص غير المتعلق به، وعلى النحو الاتي:

1- بالنسبة لقواعد الاختصاص المتعلق بالنظام العام، لايجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها، لان مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً، إذ لايجوز للأفراد الالتفاف على الاغراض التي وضعت قواعد النظام العام لتحقيقها، لذلك فإذا رفعت دعوى أمام محكمة ودون أن تكون مختصة وفقاً لقواعد الاختصاص، فيجب في هذه الحالة على المحكمة ان لاتفصل فيها على الرغم من إتفاق الخصوم على رفع الدعوى أمام هذه المحكمة، أما قواعد الاختصاص التي لاتتعلق بالنظام العام، فيجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها سواء كان هذا الاتفاق صريحاً او ضمنياً بسكوت المدعى عليه عن الدفع بعدم اختصاص المحكمة بالدعوى التي يرفعها المدعي[1].

وفي الاختصاص المتعلق بالنظام العام، يجب على المحكمة أن تقضي بعدم الاختصاص بالدعوى إذا لم تكن مختصة بها وذلك من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك أحد الخصوم بعدم الاختصاص[2].

---

(1) استاذنا د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات، مصدر سابق، ص127.

(2) المادة(77) من قانون المرافعات العراقي والمادة(1/109) مرافعات مصري والمادة(2/111) من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني.

أما الاختصاص غير المتعلق بالنظام العام، فلا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها في حالة مخالفته لقواعد الاختصاص، الا اذا تمسك الخصوم أمامها بالدفع بعدم الاختصاص وقبل التعرض لموضوع الدعوى[1].

3- الدفع بعدم الاختصاص المتعلق بالنظام العام يجوز لأي من الخصوم التمسك به، ويجوز ابداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو بعد التكلم في الموضوع ويجوز ابداء هذا الدفع حتى أمام محكمة التمييز[2]، أما الدفع بعدم الاختصاص غير المتعلق بالنظام العام، فلا يجوز التمسك به الا من المدعى عليه، ويسقط حقه هذا إذا سكت عنه أو تعرض للموضوع، لأن المشرع يحدد ميعاداً معيناً لإبداء هذا الدفع ويترتب على فواته سقوط هذا الحق[3].

وحول موضوع تنازع الاختصاص نقترح ان تعطى الصلاحية لمحاكم الاستئناف للنظر في النزاع الناشئ حول الاختصاص بين المحاكم التابعة لها وسحب هذه الصلاحية من الهيئة الموسعة، وذلك للتخفيف عن كاهل محكمة التمييز، وكذلك فأن محكمة الاستئناف تكون الاقرب لهذا النزاع وحسمه بسرعة، وسندنا في هذا الاقتراح هو: إن محاكم الاستئناف قد اعطيت صلاحيات محكمة التمييز بالنسبة لبعض الدعاوى وجاء في الاسباب الموجبة لها هو التخفيف من اعباء محكمة التمييز، لذلك نرى ان تناط هذه الصلاحية بمحكمة الاستئناف وكما فعل المشرع الأردني في المادة(35) من قانون اصول المحاكمات المدنية.

---

(1) راجع المادة (74) مرافعات عراقي والمادة(108) مرافعات مصري والمادة(1/110) محاكمات أردني.

(2) راجع المادة(3/209) مرافعات عراقي والمادة(2/109) مرافعات مصري والمادة(1/110) محاكمات اردني.

(3) راجع المادتين 73 و74 من قانون المرافعات المدنية العراقي.

وهناك موضوع اخر يتعلق بالاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقيـة، حيث نؤيد الرأي الذي يذهب الى ان تنظيم الاختصاص الدولي للمحاكم العراقية في قانون المرافعات أمر جدير بالاهتمام به، اذ لابد من جمع هذه الحالات المتفرقة في موضوع واحد ضمن نظرية الاختصاص بدلاً من توزيعها في قوانين متفرقة[1].

المطلب الثاني

الرقابة على الاجراءات الاصولية المؤثرة في صحة الحكم

تنص الفقرة الثالثة من المادة (203) من قانون المرافعات المدنية العراقي[2]: (للخصوم أن يطعنوا تمييزاً...،3- اذا وقع في الاجراءات الاصولية التي اتبعت عند رؤية الدعوى خطأ مؤثر في صحة الحكم).

ذكرنا في بداية المبحث الاول أن المقصود بالاجراءات الاصولية، هي الاعمال القانونية التي يرتب عليها القانون مباشرة أثراً اجرائياً ويكون جزءاً من الدعوى المدنية، وأن المقصود بالخطأ في الاجراءات هو أن يوجد عيب في الاجراءات وأن تكون هناك صلة وثيقة بين هذا العيب والحكم الصادر.

وإن محكمة التمييز الاتحادية تمارس الرقابة على الاجراءات التي أتبعت بدءاً من اقامة الدعوى ولحين صدور الحكم فيها، هذه الاجراءات منها مايكون متعلقاً بالنظام العام، وأية مخالفة لها تؤثر في صحة الحكم، لذلك فإن المحاكم ملزمة بمراعاتها سواء طلب الاطراف ذلك او لم يطلبوا، وللخصوم الحق بالتمسك بالدفع بمخالفة هذه الاجراءات في اية حالة تكون عليها الدعوى ولهم ان يتمسكوا بأثارته، وعندئذٍ على المحكمة التي تنظر الدعوى، أن تبت فيما يثار امامها من إدعاءات أو دفوع تتعلق بإجراءات الدعوى.

(1) استاذنا د.عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص96.

(2) تقابلها الفقرة الثانية من المادة(248) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والفقرة الثانيـة من المادة(198) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

وفي كل هذه الاحوال فإن محكمة التمييز تراقب تطبيق القواعد الاجرائية، وتتصدى للأحكام التي يشوبها عيب في تطبيق تلك الاجراءات، فإذا كان الاجراء من النظام العام، فأن المحكمة ملزمة بنقض الحكم وتوجيه المحكمة التي قررته الى الاجراء الصحيح[1]، أما اذا لم تكن من النظام العام، فإن موضوع أثارته في المحكمة وفي الطعن مرهون بالطلب الذي يتقدم به المحكوم عليه في الدعوى[2].

وتجدر الاشارة الى ان الاجراءات الواجب اتباعها بدءاً من إقامة الدعوى ولحين صدور الحكم فيها كثيرة ومتنوعة، ومن الصعوبة بمكان حصرها في هذه الدراسة، ولكننا سنتناول بعض الاجراءات المهمة التي تخطيء المحاكم عادة في تطبيقها، وبعد ذلك سنتناول تسبيب الاحكام القضائية، كونه من الاجراءات المهمة في الدعوى، وعلى وجه الخصوص في أصدار الحكم، وإن الخطأ فيها يعد ايضاً خطأ في الاجراءات الاصولية المؤثرة في صحة الحكم[3].

---

[1] الفقرة الاولى من المادة(212) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة(269) من قانون المرافعات المدنية المصري والمادة(199) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

[2] د. سعدون ناجي القشطيني، شرح احكام المرافعات، مصدر سابق، ص384، وتجدر الاشارة إلى ان هنالك معيارين للتمييز بين القواعد المتعلقة بالنظام العام عن تلك التي لاتتعلق بها، الاول: معيار مادي حيث يمكن التعرف على النص المتعلق بالنظام العام من خلال الالفاظ التي صيغ بها النص، كأن يبدأ النص بكلمة(يلزم) أو (يجب) أو(لايجوز) الى غير ذلك من العبارات التي تفيد الامر والنهي، أما النص الذي لايتعلق بالنظام العام، فيمكن ان يأتي بصيغة(يجوز) أو (يصح) أو(يمكن) أو غير ذلك من الالفاظ، أما المعيار الثاني، فهو المعيار الموضوعي، ويتم اللجوء اليه عندما لاتساعد الفاظ النص على التعرف على نوع القاعدة القانونية، حيث يقضي هذا المعيار الرجوع الى مضمون النص، فإذا تعلق هذا المضمون بكيان المجتمع ومقوماته أوبإجراءات مهمة في الدعوى، فإنه يمكن الاستدلال منه في هذه الحالة بأنه يتعلق بالنظام العام، أما اذا كان مضمون النص ومعناه يتعلق بالمصالح الخاصة الفردية ولايمس النظام العام، فإنه في هذه الحالة لايعد متعلقاً بالنظام العام، للمزيد حول هذا الموضوع راجع. عوض احمد الزعبي، المدخل الى علم القانون، دار وائل للنشر، عمان، 2003، ط2، ص111، استاذنا د. غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، مصدر سابق، ص74، د. محمد محمود هاشم قانون القضاء المدني، مصدر سابق، ص265.

[3] د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص423، استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص409، صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية،—

لذلك فأننا سنوزع هذا المطلب الى الفرعين الاتيين:

الفرع الاول: الرقابة على الاجراءات المتعلقة بالنظام العام وغير المتعلقة بها

الفرع الثاني: الرقابة على تسبيب الاحكام القضائية

الفرع الاول
الرقابة على الاجراءات المتعلقة بالنظام العام وغير المتعلقة بها

اذا كانت الاجراءات الاصولية السابقة على الحكم أو التي عاصرت الحكم قد شابها عيب مؤثر في صحة الحكم فإن ذلك مدعاة لنقض الحكم، وعلى المميز ان يثبت العيب الذي شاب الاجراءات، وعلى محكمة التمييز ان تبدأ بالتثبت من وجود العيب، ثم تبطل أو تنقض الحكم المميز،والبطلان هوَ الجزاء الذي رتبه القانون للإخلال بما أوجب مراعاته من قواعد تحرير أوراق المرافعات وتبلغيها ودعوة الطرفين وإجراء المرافعة وإصدار الاحكام وكل مايتعلق بالسير في الدعوى بجميع مراحلها[1].

وقواعد الاجراءات على نوعين:

النوع الاول: ويتعلق بالنظام العام، وتكون المحكمة ملزمة بمراعاة تلك القواعد بغض النظر عن تمسك أو عدم تمسك الخصوم بها، والملاحظ أن مخالفة الاجراءات المتعلقة بالنظام العام قليلة الوقوع، وذلك لأن المحاكم تتشدد عادة في مراعاة هذه الاجراءات، والامثلة على هذه الاجراءات كثيرة ومتنوعة منها على سبيل المثال:

-- مصدر سابق، ص337، د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مصدر سابق، ص765، د. عوض احمد الزعبي، اصول المحاكمات المدنية، ج2، مصدر سابق، ص883.

(1) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج4، مصدر سابق، ص33.

1- حصول المرافعة بجلسة غير علنية في غير الاحوال التي يجوز فيها للمحكمة جعل الجلسة سرية[1].

2- عدم حصر الخصم شهوده، حيث تنص الفقرة ثانياً من المادة(91) من قانون الاثبات العراقي على انه[2]: (إذا قررت المحكمة سماع الشهود الذين طلب أحد الخصوم تقديمهم فعلى ذلك الخصم حصر الشهود المطلوب سماع شهاداتهم، الا اذا إقتضت طبيعة الدعوى خلاف ذلك)، والغرض من حصر الشهود لكي لايطول حسم الدعوى بتقديم قائمة شهود جديدة بعد كل مرحلة، الا اذا إستجد من الوقائع مايبرر تقديم شهود غير الذين تم حصرهم. لذلك فمخالفة هذه القاعدة هي مخالفة متعلقة بالنظام العام[3].

3- عدم تكليف المحكمة للخصم الذي عجز عن الاثبات من طلب تحليف خصمه اليمين، حيث تنص المادة (118) من قانون الاثبات على انه[4]: (اذا عجز الخصم عن اثبات إدعائه أو دفعه فعلى المحكمة أن تسأله عما إذا كان يطلب تحليف خصمه اليمين الحاسمة من عدمه...).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها الى انه[5]: (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون، ذلك

---

(1) تنص الفقرة اولا من المادة(61) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه: (تكون المرافعة علنية الا اذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها او بناء على طلب احد الخصوم اجراءها سراً محافظة على النظام العام او مراعاة للأداب وحرمة النساء)، وتقابلها المادة(101) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمادة (71) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

(2) تقابلها المادة(68) من قانون الاثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 المعدل والمادة (43) من قانون الاثبات الاردني رقم 72 لسنة 1951 المعدل.

(3) استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون البينات الجديد، مصدر سابق، ص172.

(4) مع ملاحظة عدم وجود مايقابل هذه المادة في القانونين المصري والاردني.

(5) قرار رقم 3185 /شخصية اولى/2009 في 2009/7/19،النشرة القضائية، العدد التاسع عشر، 2010، ص130.

لان المقتضى على المحكمة بعد أن عجزت المدعية عن إثبات الضرر المدعى به وفق المادة 1/40 من قانون الاحوال الشخصية أن تمنحها حق توجيه اليمين الحاسمة الى المدعى عليه وفق المادة(118) من قانون الاثبات لذا قرر نقض الحكم المميز وإعادته الى محكمتها لاتباع ماتقدم).

4- عدم انتخاب المحكمة للخبراء في أمور تستدعي الخبرة، حيث تنص الفقرة ثالثاً من المادة(139) من قانون الاثبات العراقي على انه[1]: (أذا رأت المحكمة ان الاستعانة بالخبراء ضروريا للبت في الدعوى والوصول الى الحكم العادل فيها فلها أن تستعين بهم وتدفع اجورهم من صندوق المحكمة على أن يتحمل من خسر الدعوى هذه الاجور)، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في قرار لها على مايأتي[2]: (وجد أن الحكم غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان المحكمة قررت الإنتقال الى مديرية التسجيل العقاري لغرض معاينة السجلات الدائمية المتعلقة بالعقار موضوع الدعوى والتصرفات الجارية عليه وأستنتجت المحكمة أن هناك تلاعب في السجلات رغم أن وجود التلاعب من عدمه هو من مهمة الخبراء المختصين في ذلك وليس من مهمة المحكمة لانها مسألة فنية وليست قانونية عليه ولما تقدم قرر نقض الحكم وأعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما رسمه قرار النقض).

5- عدم توقيع المحكمة أو القاضي على الحكم، حيث تنص الفقرة الاولى من المادة(160) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه[3]: (يوقع على

---

(1) تقابلها المادة(135) من قانون الاثبات المصري والمادة (83) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

(2) قرار رقم 282 /الهيئة الموسعة المدنية/ 2009 في 2010/8/14، النشرة القضائية، العدد الاول السنة الرابعة، بغداد، 2011، ص95.

(3) تقابلها المادة(175) من قانون المرافعات المدنية الاردني والفقرة الرابعة من المادة (158) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني. وتجدر الاشارة الى ان التوقيع يعد شرطاً مهماً من شروط --

الحكم من قبل القاضي أو من رئيس الهيئة وأعضائها قبل النطق به)، والغرض من التوقيع هو للدلالة أو التعبير عن موافقته لما ورد في الحكم[1]، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في أحد قراراتها الى انه[2]: (وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون، حيث أصدرت محكمة إستئناف ديالى الاتحادية حكمها بعدد 7/س/2009/ وتاريخ 2009/2/24 ووقعه رئيس الهيئة القاضي(س) وعضو اليمين القاضي(ص) ولم يوقعه عضو اليسار القاضي (هـ) خلافاً لأحكام الفقرة(1) من المادة(160) من قانون المرافعات المدنية، وبالتالي فلا يعد حكماً بالمعنى القانوني للسبب اعلاه، فقرر نقضه وأعادة الاضبارة الى محكمتها لتعيين يوم جديد للمرافعة وتبليغ الطرفين على هذا الموعد ثم إصدار حكم وفقاً لاحكام القانون يوقعه رئيس وأعضاء الهيئة).

6- القيام بإجراء خلال فترة ختام المرافعة دون تبليغ بقية الاطراف، حيث جاء في الفقرة الاولى من المادة(157) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه: (لايجوز للمحكمة بعد أن تقرر ختام المرافعة أن تسمع توضيحات من أحد الخصوم الا بحضور الخصم الاخر ولا أن تقبل مذكرات أو مستندات من احد الطرفين)، لان القول بخلاف ذلك وقبول توضيحات من أحد الخصمين معناه حرمان الطرف الاخر من حق الدفاع مما يتعارض مع احكام القانون.

== انشاء السندات الرسمية منها أو العادية، لأن التوقيع ينطوي على معنى الجزم بأن السند صادر من الشخص الموقع حتى لو لم يكن مكتوباً بخطه، للمزيد من التفصيل انظر استاذنا د. عبـــاس العبـــودي، السندات العادية ودورها في الاثبات المدني، دار الثقافة، عمان، 2011، ص53.

[1] Jonqueres، Journees Juridiques Fnanco All emandes، Paris، 1980،p.122.

اشار اليه محمد غانم يونس الامين، الطعن تمييزا في الاحكام المدنية، مصدر سابق، ص74.

[2] قرار رقم 9753/الهيئة الاستئنافية عقار/2009 في 2009/4/21، النشرة القضائية، العـــدد الســـابع، بغداد، 2009، ص17.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها الى مايأتي: (وجد أن المحكمة قد أفهمت ختام المرافعة بجلسة المرافعة المؤرخة في 2010/3/2 وحددت يوم 2010/3/3 موعداً لاصدار القرار الا انها قررت فتح باب المرافعة مجدداً للسبب المذكور في الجلسة المذكورة دون تحديد موعد جديد للمرافعة وتبليغ المدعى عليه به حسب الاصول وحيث ان النقص المذكور في الاجراءات إنطوى على خطأ بين ومؤثر في الحكم لذا قرر نقض الحكم المميز وأعادة أضبارة الدعوى الى محكمتها للسير فيها على ضوء ماتقدم).

وهناك حالات أخرى كثيرة لهذه الاجراءات كتشكيل محكمة الاستئناف من قاضيين بدلاً من ثلاثة قضاة، أو مخالفة القواعد القانونية التي تتعلق بنظام الجلسة، أو مخالفة مايجب ان يشتمل عليه الحكم في كتابته أو إصداره، أو لزوم تنحي القاضي عند وجود سبب يلزمه بذلك.

النوع الثاني: هي الاجراءات التي لاتتعلق بالنظام العام،أي مقررة لمصلحة الخصوم فالمحكمة لاتتمسك بها الا اذا تمسك بها الخصوم، ومحكمة التمييز تراقب مدى صحة تطبيق قواعد هذه الاجراءات اذا أثير أمامها من قبل المحكوم عليه في الدعوى، مثال ذلك بطلان تبليغ عريضة الدعوى أو اللوائح أو صور المستندات، فقد اشارت الفقرة الاولى من المادة(73) من قانون المرافعات المدنية العراقي على وجوب الدفع به قبل أي دفع أو طلب اخر والا سقط الحق فيه[1].

كذلك فأن بطلان التبليغ بالحضور يوم المرافعة، فإنه يزول إذا حضر المطلوب تبليغه[2]، والامثلة كثيرة على هذه الاجراءات منها مانصت عليه

---

(1) تقابلها المادة(108) من قانون المرافعات المصري والفقرة(هـ) من المادة(109) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

(2) الفقرة الثالثة من المادة(73) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة(114) من قانون المرافعات المدنية المصري والفقرة الثانية من المادة (110) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

المواد(13-25) من قانون المرافعات المدنية والمتعلقة بالتبليغات، ومانصت عليه المادة(46) من القانون ذاته حول البيانات التي يجب ان تشتمل عليها عريضة الدعوى وكذلك مخالفة قواعد الاختصاص المكاني[1].

الفرع الثاني

الرقابة على تسبيب الاحكام القضائية

تنص الفقرة الخامسة من المادة (203) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه[2]: (للخصوم ان يطعنوا تمييزاً... 5- اذا وقع في الحكم خطأ جوهري. ويعتبر الخطأ جوهرياً... أذا كان الحكم غير جامع لشروطه القانونية).

فالحكم القضائي يشترط فيه ان يكون متضمناً للشروط القانونية المتعلقة بتشكيل المحاكم، والقواعد التي نص عليها قانون المرافعات في نظام المرافعة وكيفية إصدار الحكم وتحريره، وأن يشتمل على الاسباب التي بني عليها.

لذلك فإن المادة(159) من قانون المرافعات المدنية تنص على انه[3]: (1- يجب ان تكون الاحكام مشتملة على الاسباب التي بنيت عليها وأن تستند الى أحد اسباب الحكم المبينة في القانون، 2- على المحكمة أن تذكر في حكمها الاوجه التي حملتها على قبول او رد الادعاءات والدفوع التي اوردها الخصوم والمواد القانونية التي استند اليها).

---

(1) للمزيد حول هذه الاجراءات انظر د. عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في الاحكام بالتمييز، مصدر سابق، ص185، انظر كذلك عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج4، مصدر سابق، ص34.

(2) تقابلها الفقرة الثانية من المادة(248) من قانون المرافعات المصري والفقرة الرابعة من المادة(198) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

(3) تقابلها المادة(176) من قانون المرافعات المدنية المصري، مع ملاحظة ان المشرع الاردني لم يورد نصاً يلزم القاضي بتسبيب الحكم، ولكنه أتى على ذكر التسبيب في مواد متفرقة، راجع المواد (59،160،190) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

لقد اوجب المشرع تسبيب الاحكام ليضمن عدم تحيز القاضي، وصدور احكامه بعيدة عن التأثر بالعواطف، فضلاً عن ذلك انها وسيلة من الوسائل التي تؤدي الى قناعة الخصم الذي خسر الدعوى بالحكم، وفي حالة عدم قناعته تمكنه من دراسة اسباب الحكم عند الطعن به، وكذلك تمكن محكمة التمييز من بسط رقابتها على سلامة الحكم.

لذلك فإن المقصود بالتسبيب هو، بيان الاسباب التي دعت المحكمة الاخذ برأي دون اخر، وإيراد الحجج القانونية والواقعية التي حملتها الى الاعتماد على هذا الرأي ودحض الدفوع التي أوردها الخصم والمؤثرة في النزاع، وبيان أسباب الرفض والقبول وذكر المادة القانونية إن أمكن في حكمها أي أن التسبيب هو إيراد الادلة الواقعية والقانونية التي استندت اليها المحكمة في إصدار الحكم[1].

فالتسبيب يعد شرطاً من شروط صحة الاحكام، وهو واجب إجرائي تلتزم به المحكمة، وعليه فإن أي خلل في التسبيب أو انعدامه يؤدي الى هدر الغاية التي يهدف التسبيب الى تحقيقها، وهي إيجاد أساس قانوني للحكم بما يترتب عليه عدم قيام الحكم على أساس قانوني، وعدم تمكين محكمة التمييز من ممارسة مهمتها في الرقابة على الاحكام[2].

فإذا كان الخطأ في اسباب الحكم فيعد خطأ في الاجراءات ويترتب عليه نقض الحكم، الا أن اسباب الحكم اذ كانت مرتبطة بمنطوق الحكم إرتباطاً وثيقاً بحيث لايقوم الا بها، في هذه الحالة فإن الخطأ فيها لايعد خطأ اجرائياً وإنما خطأ موضوعياً، يترتب عليه نقض الحكم لمخالفته القانون[3].

---

(1) د. نجلاء توفيق فليح، تسبيب الاحكام المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، العدد14، أيلول، ص35.

(2) د. ياسر باسم ذنون، ود. أجياد ثامر نايف، بحوث ودراسات في القانون الخاص، مصدر سابق، ص220.

(3) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج4، مصدر سابق، ص37.

وهناك نتائج مهمة تترتب على عد الخطأ في أسباب الحكم إجرائياً أو خطأ موضوعياً وهي:

1- إن الخطأ في الاجراءات يترتب عليه نقض الحكم وإعادة الدعوى الى محكمة الموضوع للنظر فيها من النقطة التي وقع النقض لأجلها وتبقى الاجراءات السابقة على النقض معتبرة[1].

أما اذا كان الخطأ موضوعياً فيترتب عليه نقض الحكم وإعادة القضية الى المحكمة التي أصدرته لتفصل فيها مجدداً من الوجوه المبينة في قرار النقض التمييزي وتصدر حكمها فيه ثانية وفق القانون[2]. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها الى انه:(وجد أن محكمة الاستئناف وإن أتبعت قرار النقض التمييزي، الا انها توصلت الى نتيجة غير صحيحة، حيث كان يقتضي أن تشمل الفقرة الحكمية جوانب الدعوى برمتها بما فيها الحكم بتأييد الحكم البدائي او فسخه حسب مقتضى الحال بالاضافة الى الفقرة الحكمية المتعلقة بالرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة، لأن الحكم المميز السابق المنقوض قد أصبح بحكم العدم بعد نقضه وبعد صدور الحكم الجديد في الدعوى بحيث لايجوز الرجوع إليه بأي حال من الاحوال وحيث أن المحكمة أغفلت ماتقدم ما أخل بصحة حكمها المميز فقرر نقضه وإعادة الدعوى الى محكمتها للسير فيها على المنوال المتقدم)[3].

---

(1) تنص الفقرة الثالثة من المادة(212) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه: (إذا كان النقض بسبب مخالفة الاجراءات يعاد نظر الدعوى من المحكمة التي أصدرت الحكم من النقطة التي وقع النقض من اجلها وتبقى الاجراءات السابقة على النقض معتبرة). وتقابلها الفقرة الثانية من المادة (269) من قانون المرافعات المدني المصري والفقرة الاولى من المادة(200) من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني.

(2) الفقرة الثانية من المادة(212) من قانون المرافعات المدنية العراقي والفقرة الاولى من المادة(271) من قانون المرافعات المدنية المصري والفقرة الثانية من المادة(200) من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني.

(3) قرار رقم 1113 في 2008/5/20، نقلا عن علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، مرجع سبق ذكره، ص201.

2- أذا نقض الحكم بسبب خطأ في الاجراءات، في هذه الحالة لايجوز لمحكمة الموضوع الاصرار على حكمها المنقوض ويجب عليها اتباع قرار النقض، أما اذا نقض الحكم بسبب خطأ موضوعي فأن لمحكمة الموضوع الاصرار على حكمها المنقوض في الحالات التي أجاز القانون فيها الاصرار، الا إذا كان قرار النقض صادراً من الهيئة الموسعة أو الهيئة العامة، فإنه يكون واجب الاتباع في جميع الاحوال[1].

اذاً فالخطأ في شكلية الحكم بسبب عدم اكتمال بنائه الداخلي، هو من حالات الطعن بالتمييز، حيث يفترض في الحكم وجود أسباب تسمح لمحكمة التمييز بمعرفة ما إذا كان الحكم مؤسساً من الناحية القانونية أم غير مؤسس، وتأسيس الحكم يعني أن يذكر في ورقة الحكم الاسباب الواقعية والقانونية التي تكفي لتوليد القناعة لدى محكمة التمييز بأن الحكم صحيح، فأذا حصل وذكرت أسباب في الحكم، وأصاب الاسباب الواقعية منها نقص أو قصور لكونها تتضمن عرضاً ناقصاً لوقائع النزاع بحيث يؤدي ذلك الى أستحالة معرفة ما إذا كان القانون قد طبق تطبيقاً صحيحاً ام لا، مما يؤدي في هذه الحالة الى نقضه[2].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها الى أنه: (وجد أن الحكم المميز قد وقع في أخطاء قانونية متعددة منها أن المحكمة لم تفاتح مديرية التسجيل العقاري في كربلاء لارسال صورة قيد العقار المجاور لعقار المدعي لكي تتحقق من عائديته او صورة طبق الاصل كما هو مدون في سجلاتها، سيما أن المدعي لم يورد في عريضة الدعوى رقم العقار العائد للمدعى عليه، كما ان المحكمة وفي محضر الجلسة المؤرخة 2007/12/27 قررت أجراء الكشف

---

(1) راجع الفقرة الثانية من المادة(215) من قانون المرافعات المدنية العراقي، والفقرة الثانية من المادة(269) من قانون المرافعات المصري والمادة(201) من قانون اصول المحاكمات المدينة الاردني.

(2) Francis Kerna‹ Lequen. Iextension du Rolre Juges de cassation‹ these‹ Renu‹ Paris‹ 1979‹ p.357.

وبمعرفة الخبير (ج) الا ان المحكمة قررت ختام المرافعة وتعيين يوم 2007/12/31 للنطق بالحكم خلافاً لما أوردته في محضر الجلسة المؤرخة 2007/12/27 وكان ذلك في عجالة منها لكي تحسم الدعوى قبل انتهاء العام 2007، مما جعل قرار الحكم مقتضباً وليس فيه تحقيقات كافية بشأن موضوع الدعوى وخالياً من الاسباب خلافاً لما ورد في نص المادة(159) من قانون المرافعات المدنية (يجب ان تكون الاحكام مشتملة على الاسباب التي بنيت عليها وأن تستند الى احد أسباب الحكم المبينة في القانون)، ولما كانت المحكمة قد أصدرت حكمها المميز دون ملاحظة ذلك مما اخل بصحته لذا قرر نقضه وأعادة الدعوى الى محكمتها لأتباع ماتقدم).

وتجدر الاشارة الى ان خطأ المحكمة في بعض اسباب الحكم إذا لم تكن مؤثرة في صحة الحكم فلا يكون سبباً لنقضه، حيث تنص المادة(213) من قانون المرافعات المدنية على انه[1]: (إذا وقع خطأ في تطبيق القانون او عيب في تأويله وكان الحكم من حيث الاساس صحيحاً وموافقاً للقانون تصدقه المحكمة من حيث النتيجة)، لذلك فإن النص اعلاه يقضي بوجوب تصديق الحكم المميز إذا كان من حيث النتيجة موافقاً للقانون ولو كان السبب الذي استند اليه غير صحيح، كأن استند على نص لاينطبق على واقعة الدعوى،فتتولى المحكمة المختصة بنظرالطعن اسناده الى سبب صحيح وتصديقه[2].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في احد قراراتها على مايأتي[3]: (وجد أن الحكم المميز صحيح وموافق للقانون من حيث النتيجة، حيث ان الحكم البدائي المطلوب اعادة المحاكمة فيه قد استأنف وأن محكمة الاستئناف قد أيدت

---

(1) مع ملاحظة عدم وجود مايقابل هذه المادة في القانونين المصري الاردني.

(2) مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص302.

(3) قرار رقم 2332/الهيئة المدنية عقار/2008 في 2008/9/23، النشرة القضائية، العدد (11) 2010، ص23.

الحكم البدائي وقد صدق الحكم الاستئنافي من قبل محكمة التمييز، وبذلك تكون محكمة البداءة غير مختصة في نظر دعوى اعادة المحاكمة وتكون محكمة الاستئناف هي المختصة في نظر الدعوى، وحيث ان المحكمة كانت قد ردت الدعوى لسبب اخر قرر تصديق الحكم من حيث النتيجة).

وقضت ايضاً في قرار اخر الى انه[1]: (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز صحيح وموافق للقانون من حيث النتيجة ذلك لان المميزين المعترضين اعتراض الغير يطالبون بحق يتعلق بتركة مورثهم(ه) ورغم ذلك فإنهم اقاموا الدعوى الاعتراضية بصفتهم الشخصية لأضافة الى التركة وبذلك تكون الخصومة غير متوجهة في الدعوى وواجبة الرد عملاً بأحكام المادة(1/80) من قانون المرافعات المدنية وحيث ان المحكمة قد ردت الدعوى لسبب اخر لذا قرر تصديق الحكم المميز من حيث النتيجة) والملاحظ ان التطبيقات القضائية للمادة(213) اعلاه والمتعلقة بتصديق الحكم المميز من حيث النتيجة ولو كان السبب الذي استند اليه الحكم غير صحيح- ينحصر في نطاق رد الدعوى، أي اذا ردت محكمة الموضوع الدعوى لسبب معين ومن ثم طعن في الحكم اعلاه، ولاحظت محكمة التمييز ان الدعوى يجب ردها ولكن لسبب يختلف عن السبب الذي اوردته محكمة الموضوع هنا يصدق الحكم من حيث النتيجة[2].

اذ من غير المتصور ان يكون الحكم الصادر من محكمة الموضوع صحيحاً، على الرغم من انها بنيت على اسباب غير صحيحة، نعم هذه الحالة يمكن تصورها

---

[1] قرار رقم 2408/استئنافية عقار/ 2009 في 30 /2009/8، النشرة القضائية، العدد(11)، 2011، ص19.

[2] وهناك قرارات اخرى صادرة عن محكمة التمييز تقضي بتصديق الحكم من حيث النتيجة، على الرغم من ان حكم رد الدعوى من محكمة الموضوع بنيت على اسباب (غير صحيحة) غير الاسباب التي دعت محكمة التمييز الى تصديق حكم رد الدعوى من حيث النتيجة، حول هذه القرارات انظر عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج4، مصدر سابق، ص210، ومابعدها.

بالنسبة لموضوع رد الدعوى، حيث ترد محكمة الموضوع الدعوى لسبب معين، ولكن يتضح لمحكمة التمييز ان هذا السبب غير صحيح وكان الواجب رد الدعوى لسبب اخر، لذلك نرى ان المادة(213) بصيغتها الحالية شبه معطلة من الناحية العملية، ونقترح تعديل النص اعلاه وحصره على حالات رد الدعوى فقط ويكون النص كالآتي: (م213): (تصدق المحكمة الحكم الصادر برد الدعوى من حيث النتيجة، ولو بنيت على اسباب غير صحيحة إذا كانت الدعوى واجبة الرد لاسباب اخرى).

المبحث الثاني

الرقابة الموضوعية لمحكمة التمييز

تنص الفقرة الاولى من المادة (203) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه[1]: (للخصوم أن يطعنوا تمييزاً... 1- اذا كان الحكم قد بني على مخالفة للقانون او خطأ في تطبيقه او عيب في تأويله).

وتنص الفقرة الخامسة من المادة اعلاه ايضاً على حالة اخرى من حالات الطعن وهي[2]: (اذا وقع في الحكم خطأ جوهري ويعتبر الخطأ جوهرياً اذا اخطأ الحكم في فهم الوقائع او أغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى أو فصل في شيء لم يدع به الخصوم او قضى بأكثر مما طلبوه او قضى على خلاف ماهو ثابت في محضر الدعوى او على خلاف دلالة الاوراق والسندات المقدمة من الخصوم او كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه لبعض...) كما تنص المادة(211) من القانون ذاته على انه[3]: (تنقض المحكمة المختصة بنظر الطعن الحكم المميز من تلقاء نفسها اذا وجدت فيه مخالفة صريحة للقانون ذات اثر بين على صحته وان كانت البيانات والاسباب التي قدمها المميز غير كافية لذلك).

من خلال النصوص المتقدمة يتضح لنا ان محكمة التمييز تمارس الرقابة على تطبيق المحاكم للقانون، فهي تراقب تطبيق القواعد الموضوعية للتأكد من وجود القاعدة القانونية وسلامة تطبيقها على وقائع الدعوى.

---

(1) تقابلها الفقرة الاولى من المادة(248) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والفقرة الاولى من المادة(198) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

(2) مع ملاحظة عدم وجود مايقابل هذه الفقرة في القانونين المصري والاردني.

(3) تقابلها الفقرة السادسة من المادة(198) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني، مع ملاحظة عدم وجود مايقابلها في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

لكن المتمعن في النصوص اعلاه، تثار أمامه أسئلة متعددة وهي:

1- مالمقصود بمخالفة القانون؟ وماهو الخطأ في تطبيق القانون؟ وماهو الخطأ الجوهري في الحكم؟ وقبل كل هذا يثار تساؤل عن القانون الذي يترتب على مخالفته نقض الحكم، وهل هو نصوص التشريع ام يشمل فضلاً عن ذلك مصادر القانون الاخرى كالعرف ومبادئ الشريعة الاسلامية ومبادئ العدالة؟

كل هذه الاسئلة نحاول الاجابة عنها في المطلبين الاتيين:

المطلب الاول: مخالفة القانون

المطلب الثاني: الخطأ الجوهري في الحكم

المطلب الاول

مخالفة القانون

إن الفقرة الاولى من المادة(203) وكذلك المادة(211) من قانون المرافعات المدنية قد نصت على حالات للنقض أتفق الفقه الاجرائي على انها تمثل صوراً عدة لنوع واحد من الاسباب، الا وهي مخالفة القانون بالمعنى الواسع للمخالفة،ولكن القانون حدد هذه المخالفة بمعايير وحدود لإختلاف الاحكام التي تنطبق على كل حالة[1].

وقبل ان نتناول حقيقة المقصود بمخالفة القانون نحاول ان نبين بصورة موجزة المقصود بالقانون والذي يترتب على مخالفته نقض الحكم، وذلك في الفرعين الاتيين:

الفرع الاول: المقصود بالقانون

الفرع الثاني: حقيقة المقصود بمخالفة القانون اوالخطأ في تطبيقه

---

[1] د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص411، كذلك انظر استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية العراقي مصدر سابق، ص421، د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، مصدر سابق، ص181، استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني، دار الثقافة للنشر، عمان، 2007، ص377.

الفرع الاول

المقصود بالقانون

يتحدد مفهوم القانون بمجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلوك الاجتماعي للأفراد وتتصف بالعمومية والتجريد وتقترن بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة[1]، والقاعدة القانونية قد تكون مكتوبة في إطار نص قانوني، وقد تكون قاعدة عرفية درج الناس على اتباعها دون أن ينظم بنص قانوني مكتوب، وقد تستمد من مصادر اخرى كمبادئ الشريعة الاسلامية او قواعد العدالة.

ولم يوضح المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية المقصود بالقانون الذي يترتب على مخالفته نقض الحكم، الا ان المادة الاولى من القانون المدني، حدد المقصود بالقانون الذي على المحاكم ان تستند اليه في قضائها وهي[2]: (1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها.

2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فمبقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة)، وجاءت المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي بنص مشابه لما تقدم، ونصت الفقرة الثانية من المادة(4) من قانون التجارة رقم(30) لسنة 1984 على مايأتي[3]: (يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون او في أي قانون خاص اخر).

---

(1) د.عزيز جواد هادي الخفاجي، دروس في المدخل لدراسة القانون، مطبعة جامعة بغداد، 2008، ص71.

(2) تقابلها المادة الاولى من القانون المدني المصري والمادة الثانية من القانون المدني الاردني.

(3) تقابلها الفقرة الاولى من المادة (2) من قانون التجارة المصري والفقرة الاولى من المادة(2) من قانون التجارة الاردني.

اذاً فبموجب النصوص اعلاه، يكون المقصود (بالقانون) الذي تؤدي مخالفته الى نقض الحكم المميز هو كل تشريع يصدر من السلطة المختصة كالقانون المدني، وقانون المرافعات المدنية وقانون الاثبات... كذلك العرف ومبادئ الشريعة الاسلامية وقواعد العدالة في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه، كما ان المعاهدات تدخل في مفهوم (القانون)، اذا كان نفاذه يتطلب مصادقة مجلس النواب عليه، وكذلك القانون الاجنبي اذا أشارت قواعد الاسناد الى تطبيقه، واخيراً فإن العقد يدخل ايضاً في مفهوم القانون بوصفه شريعة المتعاقدين اذا لم تكن بنوده مخالفة للنظام العام[1].

وسوف نعرض بإيجاز الحالات اعلاه على النحو الاتي:

اولاً: العرف

ان القضاء لاينشيء العرف، انما ينشأ في الجماعة، ثم يجرون على اتباعه، ويسود الشعور بإلزامه والقضاء لاينشيء العرف بحكمه، وانما هو يكشف عن وجوده كقاعدة قانونية[2]، وفيما يتعلق بدور العرف في القانون، فإنه دور اصلي في حالة عدم وجود نص يحكم الحالة المعروضة، كما ان المشرع نفسه قد يفوض العرف في اداء دور اصيل لإستكمال النقص في التشريع، فعلى سبيل المثال تنص الفقرة الثانية من المادة(86) من القانون المدني على انه[3]:(اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد وإحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة).

---

[1] د. عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في الاحكام بالتمييز، مصدر سابق، ص80.

[2] استاذنا د. غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، مصدر سابق، ص81.

[3] تقابلها المادة(95) من القانون المدني المصري والفقرة الثانية من المادة(100) من القانون المدني الاردني.

وهناك قرارات لمحكمة التمييز الاتحادية رجعت فيها الى العرف في حالة عدم وجود نص يحكم الحالة، وخصوصاً في المسائل التجارية فقد جاء في قرار لها مايأتي[1]: (وجد أن الحكم المميز صحيح وموافق للقانون بالنظر لما أستندت اليه من أسباب، حيث ان تقرير الخبراء يصح أن يكون سبباً للحكم وأن العقد يجب أن يفسر وفق مبدأ حسن النية وان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم (م163 مدني 1، 2) لذلك قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن).

وذهبت في قرار اخر لها الى انه[2]: (كان على المحكمة اجراء التحقيقات المقتضية بما لها من سلطة مقررة بموجب المواد (1، 2، 17) من قانون الاثبات للوصول الى كاتب الوصولات ومن ثم الرجوع الى العرف الجاري لدى أصحاب علاوي بيع المخضرات عن كيفية تنظيم الوصولات عند تسليم المخضرات لأصحاب العلاوي).

ثانياً: مبادئ الشريعة الاسلامية

ان المحكمة تلجأ الى مبادئ الشريعة الاسلامية في حالة فقدان النص التشريعي والعرف، والمقصود بمبادئ الشريعة الاسلامية، هي القواعد الاساسية التي تقوم عليها دون الاحكام التفصيلية ودون التقيد بمذهب معين[3]، ومبادئ الشريعة الاسلامية تطبق على الدعوى بصرف النظر عن دين المتداعين او جنسيتيهما، لانها تطبق لا بوصفها ديناً، بل بعدّها قانوناً[4].

---

(1) قرار رقم 33/هيئة عامة اولى/1977 في 1977/12/24، مجموعة الاحكام العدلية، وزارة العدل، العددان الثالث والرابع، السنة الثامنة، 1977، ص109.

(2) قرار رقم 893/مدنية ثانية/ 1983 في 1984/2/26، نقلا عن محمد احمد رمضان، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية، مصدر سابق، 151.

(3) ضياء شيت خطاب، فن القضاء، مصدر سابق، ص51.

(4) د. سليمان مرقس، المدخل الى العلوم القانونية، مصدر سابق، ص244.

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية حول تطبيق مبادئ الشريعة الاسلامية مايأتي: (وجد أن الحكم المميز غير صحيح لان المحكمة لم تتبع قرار النقض التمييزي بصورة صحيحة لان المقصود بتقدير اجر المثل عن المدة المطالب بها على الوجه المذكور بقرار النقض ان يكون بعد ثبوت استفادة المدعى عليه أضافة لوظيفته من المساحة المدعى بغصبها وحيث لم يرد في تقرير الخبراء الذي استندت عليه المحكمة في حكمها المميز ماهية الفائدة التي استوفاها المميز، وان قول الخبراء بتجاوز المدعى عليه على المساحة المدعى بأجر مثلها غير وارد بالنظر لثبوت الدفن فيها قبل تاريخ تسجيل المقبرة العامة المجاورة بإسم المدعى عليه بمدة طويلة جداً ولم يتأكد من خلال الكشف الموقعي الجاري من قبل المحكمة وجود قبور حديثة ضمن هذه المساحة مما يتعين رد الدعوى، لاسيما وأن الاحكام الفقهية تجمع على ان دفن الموتى في ارض مملوكة بأذن المالك يجعلها وقفاً بمجرد القول وأن مجرد الدفن يعتبر تسليماً للوقف ولاينتفي الوقف وان انقطع الدفن بها او نقلت عظام الموتى منها، بناء عليه تقرر نقض الحكم المميز وإعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها للسير فيها على ضوء ماتقدم[1]).

ثالثاً: قواعد العدالة

ويقصد بها مجموعة من القواعد التي تصدر عن مثل عليا يستهدف خير الانسانية والمجتمع بما يملأ النفوس من شعور بالانصاف وما يوحي به من حلول[2].

---

[1] قرار رقم984/ مدنية عقار/2007 في 2007/9/24، منشور في مجلة حمورابي، تصدر عن جمعية القضاء العراقي، العدد الاول/2009 ص155.

[2] عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق، ص184، وللمزيد حول فكرة العدالة انظر استاذنا د. محمد سليمان الاحمد، فكرة التطور القانوني بين القانون وتغير الواقع، مصدر سابق، ص175.

وتعد المصدر الرابع من مصادر القانون تلجأ اليها المحكمة عند عدم وجود النص التشريعي والعرف ومبادئ الشريعة الاسلامية، وهي تلزم المحكمة أن تجتهد في حل النزاع المعروض عليها، وأن تصدر المحكمة حكمها عن اعتبارات موضوعية عامة لاعن تفكير ذاتي خاص، وإن تنوع فكرة العدالة من حيث المضمون لايؤثر على ثباتها من حيث المبدأ، فالعدالة فكرة لاتنطوي على مجرد عدم ايقاع الضرر بالغير، واعطاء كل انسان ما يستحقه وإنما تنطوي على شيء اعمق من ذلك، هو التوازن المستهدف تحقيقه بين المصالح المتعارضة بغية كفالة النظام اللازم لسكينة المجتمع[1]، مع مراعاة الظروف الخاصة بكل دعوى على حدة بحيث يستنتج القاضي من هذه الظروف القاعدة القانونية الواجبة التطبيق (ويسترشد في اجتهاده للوصول الى القاعدة التي سيطبقها بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق اولاً وفي البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية)[2].

وقد ذهبت محكمة استئناف ذي قار بصفتها التمييزية الى اللجوء للعدالة في حكم للتخلية بسبب الضرورة الملجئة حيث قضت بمايأتي:(وجد ان الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون، ذلك أن المدعية /المميزة قد أستندت في دعوى طلب تخلية العقار المأجور على احكام الضرورة الملجئة المنصوص عليها في الفقرة(12) من المادة السابعة عشر من قانون ايجار العقار رقم 87 لسنة 1979 المعدل، حيث ثبت من محضر الكشف الذي اجرته المحكمة بتاريخ 2008/10/21 على أن العقار الذي تشغله المدعية بأنها واولادها كل من (ز) تولد 1986 و(س) تولد 1988 و(س) تولد 1990 وهم بالغي سن الرشد يسكنون في غرفة واحدة في دار اهلها، وهو امر غير جائز شرعاً ولايأتلف وطبيعة المجتمع العراقي سيما وانها هي المالكة للعقار المأجور فهي اولى للإنتفاع به، وعليه فإن تقدم اعمار اولاد

---

(1) ضياء شيت خطاب، مصادر القانون المدني العراقي، مجلة القضاء، مصدر سابق، ص184.

(2) راجع الفقرة الثالثة من المادة(1) من القانون المدني العراقي والفقرة الرابعة من المادة (2) من القانون المدني الاردني مع ملاحظة عدم وجود مايقابلها في القانون المدني المصري.

المدعية وعدم امكان سكنهم جميعاً في غرفة واحدة وتحقيقاً للعدالة فإنها تكون في حالة ضرورة ملجئة ولما كانت محكمة البداءة قد ردت الدعوى لعدم وجود حالة الضرورة الملجئة مما اخل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه وأعادة الاضبارة الى محكمتها لاتباع ماتقدم)[1].

وقد ذهبت محكمة التمييز في اقليم كوردستان العراق في قرار لها الى انه[2]: (تحقيقاً للعدالة كان المقتضى بمحكمة الاستئناف اجراء التحقيقات اللازمة للتوصل فيما إذا كان المدين لايزال خارج الاقليم في حالة ثبوته فإن المدعية تكون محقة في مطالبة الكفيل).

رابعاً: القانون الاجنبي

الاصل في الاختصاص هو للقانون العراقي، ويكون القانون الاجنبي مختصاً في الاحوال التي تشير قواعد الاسناد الوطنية الى ذلك، والمقصود بالقانون الاجنبي، مجموعة القواعد القانونية المعمول بها في دولة اخرى غير الدولة التي ظهر التنازع فيها، ولافرق في هذا أن تكون قواعد القانون الاجنبي مدونة، ومصدرها التشريع أو غير مدونة مصدرها العرف والقضاء او الفقه[3].

فإذا عرضت الدعوى امام المحكمة المختصة وكان فيها عنصر اجنبي، فعلى المحكمة الفصل في الدعوى وفق احكام القانون الاجنبي التي اشارت اليه قواعد الاسناد الوطنية، ولقد اورد المشرع العراقي في المواد(17-33) من القانون المدني تحت عنوان (التنازع الدولي من حيث الاختصاص التشريعي الحالات التي يطبق فيها القانون الاجنبي[4].

---

(1) قرار رقم 514/م/2008 في 2008/12/28، مجلة حمورابي، العدد الإول، مصدر سابق، ص192.

(2) قرار رقم 25/الهيئة المدنية/2002 في 2002/7/8، نقلا عن كيلاني سيد احمد، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان العراق، مصدر سابق، ص182.

(3) استاذنا د. غالب علي الداوودي ود. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج2، مصدر سابق، ص205.

(4) تقابلها المواد(10-28) من القانون المدني المصري والمواد (11- 29) من القانون المدني الاردني.

وثار خلاف فقهي حول تطبيق القانون الاجنبي،وهل ان القاضي يطبقه من تلقاء نفسه؟ أم يتوقف تطبيق هذا القانون على طلب الخصوم؟ هناك اتجاهان حول هذا الموضوع، الاتجاه الاول يقضي بأن القانون الاجنبي لايطبق بوصفه قانوناً بل بوصفه مجرد وقائع، لذا لايلزم القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه، بل على المتقاضين طلب ذلك[1]. أما الاتجاه الثاني فيرى بأن احكام القانون الاجنبي لاتعد مجرد وقائع كي يلزم اصحاب العلاقة بإثباتها والتمسك بها، بل انها قواعد قانونية ولها صفة الالزام وهي واجبة التطبيق إذا ما أعطيت الاختصاص[2].

ونحن نرجح الرأي الذي يذهب الى أن القاضي لايطبق القانون الاجنبي الا اذا نص القانون الوطني على تطبيقه سواء طلب الخصوم ذلك ام لم يطلبوا، فأذا طبق القاضي القانون الاجنبي فأنه يطبقه، كما لو كان جزءاً من القانون الوطني[3].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في قرار لها الى انه[4]: (ان المادة (25) من القانون المدني نصت في فقرتها الاولى بأن يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فأذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا مالم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً اخر يراد تطبيقه)، ولدى الرجوع الى مستند الشحن نجد انه قد صدر في مدينة كوبنهاكن وقد جاء في الشرط الاول منه بأن يخضع هذا المستند لأحكام القواعد المسماة بقواعد لاهاي على النحو المطبق في النرويج او السويد تبعاً

---

[1] د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص22.

[2] د. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. سامية راشد، اصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار للنهضة العربية، القاهرة، 1990، ص577.

[3] استاذنا د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج2، مصدر سابق، ص210.

[4] قرار رقم 187/حقوقية ثالثة/ 1969، في 1969/12/27، قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد السادس، 1969، ص271.

لجنسية الناقل، وحيث ان المتعاقدين قد اتفقا بموجب شروط مستند الشحن على تطبيق احد القانونين اعلاه، فكان على المحكمة تطبيق احد القانونيين المذكورين تبعاً لجنسية الناقل).

خامساً: المعاهدات

للمعاهدة حكم القانون في المسائل التي وضعت المعاهدة لتنظيمها، وخصوصاً انه في ظل دستور جمهورية العراق للعام 2005 وفي الفقرة ثانياً من المادة (70) منه فإنه يلزم مصادقة مجلس النواب على اية معاهدة تبرمها الحكومة، لذلك تصدر المعاهدة في مجلس النواب بنفس اجراءات أصدار القوانين[1].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها الى مايلي[2]: (وجد ان الحكم المميز صحيح وموافق للقانون للأسباب التي استند اليها الحكم، حيث ان الحكم المراد تنفيذه في العراق صادر من احدى الدول الموقعة على الاتفاقية العربية للتعاون القضائي (اتفاقية الرياض) والمصادق عليها بالقانون رقم(110) لسنة 1983، وحيث ان الحكم الاجنبي قابل للتنفيذ في العراق دون حاجة الى صدور قرار تنفيذ من المحكمة العراقية لذا قرر تصديق الحكم).

---

(1) تجدر الاشارة الى انه لحد الان لم يصدر قانون ينظم كيفية عقد وابرام المعاهدات الامر الذي جعل الحكومة أمام فراغ تشريعي بهذا الخصوص، فنجد ان اغلب المعاهدات التي ابرمتها الحكومة العراقية اتخذت شكل الاتفاقات ذات الشكل المبسط والتي تكون نافذة بمجرد التوقيع عليها دون اللجوء الى مجلس النواب للتصديق عليها، غير انه من الملاحظ ان اتفاقية سحب القوات ما بين العراق والولايات المتحدة الامريكية قد اخذت طابع المعاهدة من حيث مرورها بكافة مراحل ابرام المعاهدة، حيث ناقشها مجلس النواب واقرها ورفعها الى رئاسة الجمهورية للمصادقة عليها وتمت المصدقة.

(2) قرار رقم 573/الهيئة المدنية منقول/ 2009 في 30 /2009/7، مجلة التشريع والقضاء، العدد الثالث، مصدر سابق، ص223.

سادساً: العقد

إن القاضي يطبق العقد كما يطبق القانون، ولايجوز له ان يعدل شروط العقد او يمتنع عن تنفيذه بحجة ان تلك الشروط مخالفة للعدالة، الا في حالات خاصة منصوص عليها في القانون[1].

لذلك فإن العقد شريعة المتعاقدين، فهو واجب التنفيذ متى تم صحيحاً ولايجوز لأحد المتعاقدين التحلل من التزامه التعاقدي بإرادته المنفردة، الا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي[2].

وتجدر الاشارة الى ان العقد لاتكون له قوة ملزمة الا اذا توفرت الشروط التي نص القانون على وجوب توفرها فيه، كما أن المحكمة ملزمة بأن تبحث من تلقاء نفسها أسباب البطلان المتعلقة بالنظام العام[3].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في قرار لها ما يأتي[4]: (وجد ان الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون، لانه من الثابت بأن الطرفين قد ابرما عقد الايجار المؤرخ في 2007/1/31 وبموجبه أستاجر المميز عليه/المدعى عليه العقار موضوع الدعوى من المدعين بأيجار شهري مقداره ثمانين الف دينار للفترة من 2007/1/1 ولغاية 2007/12/31 وقد اتفق الطرفان في الفقرة (اولاً) من العقد

---

[1] للمحكمة تعديل العقد إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وبموجب شروط معينة، راجع الفقرة الثانية من المادة(146) من القانون المدني العراقي والفقرة الثانية من المادة (147) من القانون المدني المصري والمادة(205) من القانون المدني الاردني، وكذلك للمحكمة تعديل العقد في حالة عقود الاذعان انظر الفقرة (2) من المادة(167) مدني عراقي والمادة(149) مدني مصري والمادة (204) مدني اردني.

[2] الفقرة الاولى من المادة (146) من القانون المدني العراقي والفقرة الاولى من المادة (147) من القانون المدني المصري والمادة (241) من القانون المدني الاردني.

[3] د. عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في الأحكام بالتمييز، مصدر سابق، ص144.

[4] قرار رقم 2641 /استئنافية عقار/2008 في 2008/11/11، النشرة القضائية، العدد الخامس، بغداد، 2009، ص17.

المذكور بأنه اذا بقي المستأجر شاغلاً للمأجور بعد انتهاء مدة الايجار دون موافقة المؤجر التحريرية، فأن ذلك لايعد ايجاراً جديداً ويتحمل تعويضاً مقداره ضعف بدل الايجار المثبت في العقد عن فترة الاشغال هذه وبدون حاجة لانذار رسمي، وحيث ان العقد شريعة المتعاقدين ولكون الاتفاق المذكور لايخالف النظام العام لذلك فأن من حق المميزين (المدعين) المطالبة بضعف بدل الايجار اعتباراً من تاريخ انتهاء مدة العقد ولما كانت المحكمة اغفلت ماتقدم مما اخل بصحة حكمها المميز فقرر نقضه وأعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها للسير فيها على المنوال المتقدم).

وذهبت في قرار اخر ايضاً الى انه[1]: (يلزم المستأجر بدفع بدل الايجار وفقاً لشروط العقد وليس له حق الامتناع عن دفعها او طلب أنقاصها بحجة الظروف القاهرة اذا كان عقد الايجار قد تم في تلك الظروف).

الفرع الثاني

حقيقة المقصود بمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه

يرى جانب من الفقه[2] ان المقصود بالقانون الذي تعد مخالفته أو الخطأ في تطبيقه سبباً للطعن، ليس فقط القانون الموضوعي، وإنما ايضاً القانون الاجرائي، الا ان الجانب الاكثر من الفقه يرى ان المقصود بالقانون الذي تعد مخالفته او الخطأ في تطبيقه سبباً للطعن هو القانون الموضوعي، فبحسب هذا الاتجاه مخالفة القانون تعني مخالفة القواعد القانونية التي يجب ان يلتزمها القاضي في مضمون الحكم ، وبهذا الاتجاه اخذ المشرع العراقي في المادة(203) من قانون المرافعات

---

[1] قرار رقم 783/استئنافية عقار/ 2009 في 2009/4/20 النشرة القضائية، العدد التاسع، بغداد، 2009، ص23.

[2] د. سعدون ناجي القشطيني، شرح احكام المرافعات، ج1، مصدر سابق، ص33، د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، مصدر سابق، ص181، ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص330.

المدنية، بل حتى انه فصل في قواعد الاجراءات معتبراً الخطأ في قواعد الاختصاص سبباً منفرداً بذاته[1].

اما المقصود بمخالفة القانون، فقد اختلف فيه ايضاً فذهب جانب منه[2] الى ان مخالفة القانون هو اغفال القاضي لنص قانوني، اما الجانب الاخر فيرى ان مخالفة القانون تتحقق عندما ينكر القاضي وجود قاعدة قانونية موجودة، اوتأكيد وجود قاعدة قانونية غير موجودة[3].

ويبدو لنا ان الاتجاه الثاني هوالاجدر بالتأييد، وذلك لان مخالفة القانون في حالة تأكيد وجود قاعدة قانونية غير موجود، أمر محتمل، حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية مايؤيد هذا الاتجاه حيث، قضت بما يأتي: (وجد أن الحكم غير صحيح ومخالف للقانون ذلك لان قانون التضمين النافذ رقم 12 لسنة 2006 وإن كان قد اعطى للوزير ورئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة صلاحية تطبيق الاحكام الواردة فيه على الموظف او المكلف بخدمة عامة وتضمينه قيمة الاضرار التي تسبب بها للمال العام نتيجة اهماله او تقصيره غير ان القانون المذكور لم يتضمن نصاً يمنع الجهات المذكورة من الالتجاء الى القضاء لمباشرته للمطالبة بتلك الاضرار مادامت تلك الجهات لم تتضرر بالتضمين، مما كان يتطلب من المحكمة نظر الدعوى من الناحية الموضوعية وإصدار الحكم المناسب في ضوء النتائج التي تتوصل اليها المحكمة، وبما ان محكمة الاستئناف لم تراع وجهة النظر القانونية المتقدمة مما اخل بصحة حكمها المميز عليه قرر نقضه واعادة الاضبارة للسير فيها وفق المنوال المتقدم)[4].

---

[1] وهو نفس اتجاه المشرع المصري في المادة(248) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، والمشرع الاردني في المادة (198) من قانون اصول المحاكمات المدنية.

[2] vincent(J) procedure civile، dalloz.op.cit، p.860.

[3] د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص382، استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون اصول المحاكمات المدنية، مصدر سابق، ص379، د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني في قانون المرافعات، مصدر سابق، ص665.

[4] قرار رقم 431/استئنافية منقول/2010 في 2010/5/27، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة، اذار – نيسان، بغداد، 2011، ص58.

إذاً مخالفة القانون، قد تكون بترك العمل بنص قانوني لاخلاف في وجوب الاخذ به، كأن تقضي المحكمة بالحكم على وكيلين بتأدية المبلغ الذي قبضاه الى موكليهما خلافاً للمادة (320) من القانون المدني العراقي التي تنص على أن (التضامن لايفترض، والوكلاء لايكونون متضامنين بدون نص في القانون)[1].

أما الخطأ في تطبيق القانون فيقصد به تطبيق قاعدة قانونية على الدعوى لاتنطبق عليها، أو تطبيقها عليها بصورة تؤدي الى نتائج تخالف تلك التي ارادها القانون[2]، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها ما ياتي[3]: (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون ذلك أن المحكمة حكمت بالاستناد الى المادة(885) من القانون المدني، وهذا غير صحيح لان ذلك يكون في حالة وجود الظروف الاعتيادية للعمل أما في حالة تعرض البلاد للحرب وتوقف مشاريعها فإن الذي يحكم واقعة الدعوى هو حكم المادتين 67و68 من شروط المقاولة للأعمال الهندسية المدنية التي تعتبر جزءاً لايتجزأ من عقد المقاولة وحيث أن المحكمة أصدرت حكمها دون ملاحظة ماتقدم مما أخل بصحته لذا قرر نقضه واعادة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق ماتقدم).

ويشترط للطعن بسبب مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه عدة شروط هي[4]:

1- ان يكون ثمة قاعدة قانونية يجب تطبيقها على الدعوى.
2- ان يكون الحكم قد خالف تلك القاعدة القانونية أو اخطأ في تطبيقها.
3- ان تكون المسألة القانونية المدعى وقوع الخطأ فيها قد عرضت على المحكمة التي أصدرت الحكم أو عرضت لها من تلقاء نفسها.
4- ان يكون الحكم قد بني على هذه المخالفة.

---

(1) انظر المادة (32) / مدني عراقي.

(2) القاضي صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص225.

(3) قرار رقم 347/الهيئة الاستئنافية منقول/2008 في 2008/4/10، النشرة القضائية، العدد الثاني، بغداد، 2008، ص28.

(4) د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، مصدر سابق، ص183.

وقبل ان ننهي الكلام حول هذا الموضوع، نود ان نشير الى حالة مهمة جداً تناولها المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية، الا وهي قيام المحكمة المختصة بنظر الطعن بنقض (الحكم المميز من تلقاء نفسها إذا وجدت فيه مخالفة صريحة للقانون ذات اثر بين على صحته وأن كانت البيانات والاسباب التي قدمها المميز غير كافية لذلك)[1].

لذلك وتشديداً لدور محكمة التمييز في الرقابة على حسن تطبيق القانون، اتاح المشرع لهذه المحكمة وبخلاف ما إستقرت عليه في تقيدها بأسباب الطعون التي يبديها المميزون، ان تنقض الاحكام متى وجدت فيها مخالفة صريحة للقانون إنعكس اثرها على صحة الحكم الصادر، حتى ولو كانت البيانات والاسباب التي جاءت في اللائحة التمييزية للطاعن لاتكفي لوحدها لاقناع المحكمة بإيقاع النقض.

ويبدو لأول وهلة أن هذا النص يتعارض مع الجزء الاخير من الفقرة الثانية من المادة(205) من قانون المرافعات المدنية التي توجب ان تشتمل عريضة التمييز على أوجه مخالفة الحكم المميز للقانون، الا ان هذا التعارض غير وارد ذلك أن المادة(205) اعلاه لم توجب حصر الاسباب القانونية لنقض الحكم، انما يجوز أن تحتوي على بعض اسباب مخالفة الحكم للقانون؛ ويقع على كاهل محكمة التمييز تحري صحة الحكم من الناحية القانونية على نحو ماجاء من اسباب النقض الواردة بالمادة(203) من هذا القانون، لأن العدل يقتضي أن يكون الحكم صحيحاً ماأمكن الوصول الى هذه النتيجة[2].

وتجدر الاشارة الى ان محكمة التمييز لها أن تنظر من تلقاء نفسها في المخالفات المتعلقة بالنظام العام، كالاختصاص الوظيفي أو علانية المرافعة وتشكيل

---

[1] المادة(211) من قانون المرافعات المدنية العراقي والفقرة السادسة من المادة (198) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني، مع ملاحظة عدم وجود مايقابلها في قانون المرافعات المصري.

[2] فوزي كاظم المياحي، الحالات التي تتدخل فيها المحكمة في الدعوى او في إجراء معين من تلقاء نفسها، بغداد، 2010، ص129، بدون دار نشر.

المحكمة... دون حاجة لايراد هذا النص، الا ان المادة(211) المذكورة لاتتناول الامور المتعلقة بالنظام العام فقط، بل بالمخالفات الصريحة للقانون، أي المخالفات التي تؤثر في صحة الحكم من الناحية الاجرائية أو من الناحية الموضوعية[1]، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها الى انه[2]: (وجد أن الحكم المميز فيه مخالفات صريحة للقانون ذات أثر بين على صحته، وبقدر تعلق الامر بالزام المدعى عليهما(ن)(ش) بالتكافل والتضامن بتأدية المواد المذكورة بالفقرات(6،15،19) من القائمة المرفقة مع عريضة الدعوى لعدم وجود إقرار قضائي صادر من قبل المدعى عليها الثانية(ش) وأن وكيل المدعي(المميز) لم يطلب تحليفها اليمين وأن المحكمة ذكرت ذلك بقرار الحكم المميز هو أن المدعى عليها ألاولى(ن) غائبة عن المرافعة وأن وكيل المدعي لم يطلب إصدار الحكم بحقها معلقاً على النكول عن اليمين عند الاعتراض والانكار كما أن المحكمة الزمتها بأعادة الاثاث المذكور دون تعليق الحكم الغيابي على اليمين عند الاعتراض والانكار ولايوجد مبرر قانوني للحكم على المدعى عليها بالتكافل والتضامن لعدم وجود يد غاصبة مشتركة لهما على الاثاث اعلاه، لذلك ورغم أن الطاعن لايضار بطعنه الا ان المخالفات الصريحة في تطبيق القانون المنوه عنها اعلاه تستدعي تطبيق حكم المادة(211) من قانون المرافعات المدنية على الحكم المميز لذلك قرر نقضه وإعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها للسير فيها على ضوء ماتقدم).

ويشترط لتطبيق المادة(211) توفر الشروط الاتية:

1- ان يطعن الخصم تمييزاً بالحكم.

2- ان تكون هناك مخالفة صريحة للقانون.

---

(1) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج4، مصدر سابق، ص83.

(2) قرار رقم 325/مدنية منقول/ 2008 في 2008/8/18، النشرة القضائية، العدد التاسع، كانون الاول، بغداد، 2009، ص16.

3- ان يكون لهذه المخالفة اثر بين على صحة الحكم، حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز حول الشروط اعلاه مايلي[1]: (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان المحكمة اصدرت حكمها الذي قضت فيه بنزع ملكية العقار مقابل مبلغ الاستملاك المذكور وبما أن المادة(21) من قانون الاستملاك رقم (54) لسنة 1970 لاتسوغ لمحكمة التمييز نقض قرار الاستملاك دون ان يكون قد طعن به من قبل الخصوم، كما ان هذه الحالة غير مشمولة بأحكام المادة(211) من قانون المرافعات المدنية لأن لمحكمة التمييز بموجب هذه المادة ان تنقض الحكم المميز من تلقاء نفسها إذا وجدت فيه مخالفة صريحة للقانون ذات اثر بين على صحته وأن كانت البيانات والاسباب التي قدمها المميز غير كافية لذلك،أي ان النقض بموجب هذه المادة يستلزم هو الاخر أن يطعن الخصم تمييزاً بالحكم كي تقرر محكمة التمييز نقضه لَصالحه لذا قرر نقض الحكم وأعادة الدعوى الى محكمتها لتصدر قرارها في ضوء القرار التمييزي).

[1] قرار رقم 227/هيئة عامة اولى/72 في 1972/2/28، نقلا عن عبد الرحمن العلام، شـرح قـانون المرافعات المدنية، ج4، ص84.

المطلب الثاني

الخطأ الجوهري في الحكم

نصت الفقرة الخامسة من المادة(203) من قانون المرافعات المدنية العراقي على حالة اخرى من حالات الطعن بالتمييز الا وهي حالة وقوع الحكم في خطأ جوهري[1]، والذي يعرفه جانب من الفقه بأنه مخالفة القانون وأوضاعه في إصدار الحكم أو تحريره[2].

ولم يحدد المشرع العراقي المقصود بالخطأ الجوهري، وإنما حدد في الفقرة الخامسة من المادة (203) من قانون المرافعات صور وحالات يتحقق بإحداها الخطأ الجوهري، وقد ثار خلاف في الفقه حول الحالات الواردة في الفقرة اعلاه وهل وردت على سبيل المثال أم الحصر، فذهب جانب الى أن هذه الحالات وردت على سبيل الحصر[3]، ويرى جانب اخر الى انها وردت على سبيل المثال[4].

ويبدو لنا ان الرأي الاول هو الاجدر بالتأييد، ذلك ان المشرع عدد صور وحالات الخطأ الجوهري في المادة المذكورة ولم يورد فيها مايدل على انه قصد من ذلك التعداد ضرب الامثلة، وكذلك فإن الواقع العملي في محكمة التمييز الاتحادية، وبعد الاطلاع على الكثير من القرارات الصادرة منها، فأننا لم نر

---

(1) الفقرة الخامسة من المادة(203) من قانون المرافعات المدنية العراقي، والفقرتين الثانية والخامسة من المادة(198) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني، اما المشرع المصري فقد أشار إلى حالات الخطأ الجوهري ضمناً في الفقرة الثانية من المادة(248) من قانون المرافعات المدنية والتجارية عندما نص على جواز الطعن إذا وقع بطلان في الحكم او بطلان في الاجراءات اثر في الحكم.

(2) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج4، مصدر سابق، ص40، د. سعدون ناجي القشطيني، شرح احكام المرافعات، مصدر سابق، ص425.

(3) منير القاضي، شرح قانون لصول المرافعات المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص368، د. سعدون القشطيني، مصدر سابق، ص425.

(4) د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص409، عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص40.

مايشير الى قيام محكمة التمييز بإستحداث حالة أو صورة اخرى من صور او حالات الخطأ الجوهري غير التي وردت في المادة المذكورة.

على اية حال فأن الرقابة الموضوعية لمحكمة التمييز الاتحادية تشمل اربع حالات للخطأ الجوهري، وردت في الفقرة الخامسة من المادة(203) اما الحالتان الأخريتان وهي حالة إذا كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه بعضاً او كان الحكم غير جامع لشروطه القانونية فقد سبق وان تناولناه في موضع اخر من هذه الاطروحة لذلك فإننا سنتكلم على هذه الحالات والصور وعلى النحو الاتي:

أولا: الخطأ في فهم الوقائع

الاصل أن دور محكمة التمييز إنما يقتصر على توحيد فهم القواعد القانونية وعلى عدم التضارب في تفسيرها، ومن ثم فهي تعني بالجانب القانوني دون الوقائع، اذ أن مسائل الواقع لايتصور أن يرد عليها أي توحيد في مجال التطبيق أوالتفسير، اذ هو يختلف بأختلاف المنازعات المعروضة على محاكم الموضوع والتي تمارس سلطة واسعة في مسائل الواقع، فهي المجال الذي يطبق فيه القاضي حريته في تكوين عقيدته[1].

وان فهم القاضي لوقائع الدعوى يتم نتيجة مقاييس منطقية لاتخضع لقاعدة قانونية، لذلك اتفق الفقه والقضاء في مصر والاردن، على أن سلطة قاضي الموضوع في تحصيل هذا الفهم تامة ورأيه قطعي لايخضع فيه لرقابة محكمة التمييز[2]، الا ان المشرع العراقي وفي الفقرة الخامسة من المادة(203) من قانون المرافعات المدنية، اخضع الخطأ في فهم الوقائع لرقابة محكمة التمييز خلافاً لما

---

(1) د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنيـة والتجاريـة، منشـأة المعـارف، الاسكندرية، 1984، ط1، 165.

(2) د. احمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضـة العربيـة، القاهرة، 1990، د. مفلح القضاة، اصول المحاكمات المدنية، التنظيم القضائي، دار الثقافة عمان، ط2، ص398.

أستقر عليه الفقه والقضاء في مصر والاردن، ولم يوضح في الاسباب الموجبة هذا التحول في موقفه، ونتفق مع الراي الذي يرى أن المشرع أراد أن تمتد رقابة محكمة التمييز على فهم وقائع الدعوى في الحالات التي يؤدي فيها الخطأ في فهم الوقائع الى خطأ في القانون(1)، ذلك ان حرية قاضي الموضوع في فهم الوقائع ليست مطلقة، وإنما يجب أن يستند هذا الفهم الى اساسين مهمين، هما التحقق من الوجود المادي للوقائع، والثاني هو الاثبات القانوني لها، ونرى انه يجب ايضاً وجود اساس اخر لهذا الفهم الا وهو ان يحصل هذا الفهم من الادلة المقدمة في الدعوى، والثابتة في محضر الدعوى والاوراق والسندات المقدمة من الخصوم استناداً لما ورد في الفقرة الخامسة من المادة (203) من قانون المرافعات المدنية، وسنحاول فيما يأتي توضيح الأسس التي يستند اليها القاضي في الوقائع:

1- التحقق من الوجود المادي للوقائع:

يجب على قاضي الموضوع ان يتحقق من ثبوت او عدم ثبوت جميع عناصر الواقعة المقامة بها الدعوى، فعلى القاضي ان يفحص الوقائع ويبحث في ماديتها وتقدير الصحيح منها واستبعاد مايثبت عدم صحته(2)، فإذا اخطأ القاضي في فهم هذا كأن يثبت لاحقاً ان مصدر الواقعة كان وهمياً لاوجود له في الحقيقة، أو كان موجوداً ولكن لايصح اثباته أو كان موجوداً ولكنه متناقض، ويستحيل عقلاً استخلاص الوقائع منه او الاستدلال على مايدعيه القاضي في حكمه، فأنه في مثل هذه الحالة يكون القاضي قد اخطأ في فهم الواقع الذي يؤدي الى خضوعه لرقابة محكمة التمييز ويوجب النقض، وهذا ماذهبت اليه محكمة التمييز في قرار لها الى انه: (وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون ذلك لان المميز(المدعى

(1) استاذنا د.عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص425، ود. عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في الاحكام بالتمييز، مصدر سابق، ص201.

(2) د. احمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص107. راجع كذلك:

Vincent‹procedure civile‹ op.cit‹p.978.

عليه) اثار دفاعاً مفاده بأنه لاعلاقة له بموضوع الدعوى وأنه يشتغل فلاحاً لدى مالكي القطعة وكما جاء بتقرير الخبير المساح المؤرخ في 2007/9/23 بأن القطعة المرقمة2/378 متجاوز على القطعة 1/379 بمقدار مائتي متر مربع لذلك كان من المتعين على المحكمة جلب صورة قيد القطعة المرقمة 1/378 فإن تبين لها بأنها ليست بإسم المميز(المدعى عليه) فيجب ادخال صاحب القطعة العائدة للمدعي واجراء الكشف مجدداً بواسطة المساح المختص للتثبيت من نوع التجاوز وطبيعته وأبعاده وتنظيم مرتسم جديد لأن المرتسم المنظم من الخبير (ج.ه) خالي من بيان الامور الجوهرية اعلاه ومن ثم إصدار حكمها على ضوء النتائج التي تصل اليها وحيث ان المحكمة اغفلت ماتقدم وأخطأت في فهم وقائع الدعوى مما أخل بصحة حكمها المميز فقرر نقضه وإعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها للسير فيها على المنوال المتقدم)[1].

2- الاثبات القانوني للوقائع:

حيث يتوجب على القاضي عند الفصل في الوقائع، مراعاة قواعد الاثبات الموضوعية منها والشكلية، فقد حدد القانون طرق اثبات الوقائع وبين مجال كل منها وقوتها في الاثبات ومن يقع عليه هذا العبء والاجراءات التي يجب اتباعها عند سلوك كل طريق وكيفية تحقيقه، فإذا خالف القاضي احدى هذه القواعد أو اخطأ في تطبيقها كان حكمه عرضة للنقض[2]، فليس للقاضي مثلاً قبول اثبات الواقعة بغير الادلة التي حددها القانون، وكذلك لمحكمة التمييز التدخل في صلاحية محكمة الموضوع في تقديرها للبينات من حيث عد الدليل الذي استندت اليه دليلاً قانونياً ام لا، وكذلك كفاية الدليل لإثبات الواقعة حيث قضت محكمة التمييز في قرارلها الى

---

[1] قرار رقم 424/ استئنافية عقار /2058 في 2008/2/21 النشرة القضائية، العدد التاسع، بغداد، 2009، ص38.

[2] د. احمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع، مصدر سابق، ص123.

انه[1]: (وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان البينة الشخصية التي استندت اليها محكمة البداءة لاثبات تضرر المواد الموجودة بالمحل العائد للمدعي جاءت بصورة عامة ولم تحدد اوصاف المواد المتضررة بصورة دقيقة كما أن المحكمة كلفت وكيل المستأنف بإحضار شهوداً اخرين الا أن المحكمة لم تتابع تنفيذ قرارها فكان يتعين عليها الاستماع لاقوال الشهود لتحديد اوصاف المواد المتضررة وإجراء الكشف على محل المدعي لبيان نسبة تضرر تلك المواد وإذا كان يمكن الاستفادة منها او من بعضهما ومن ثم عرضها على الخبراء لتقدير قيمتها على ضوء ذلك لذا قرر نقض الحكم واعادة الدعوى لمحكمتها لاتباع ماتقدم).

3- فهم الوقائع يجب ان يكون من خلال الادلة المقدمة في الدعوى:

يجب على القاضي ان يبني حكمه على اساس ماقدم في الدعوى من أدلة، فلا يجوز له أن يقضي بعلمه الشخصي أو بناء على دليل لم يطرح في الجلسة ولم يتناقش فيه الخصوم، فالنتيجة التي يتوصل اليها القاضي بشأن وقائع الدعوى يجب ان يكون لها اصل ثابت في اوراق الدعوى[2]، وهذه الحالة منصوص عليها في الفقرة الخامسة من المادة (203) من قانون المرافعات المدنية، وبالنظر لما لها من صلة بفهم القاضي للوقائع فقد ارتأينا مناقشتها ضمن هذا الموضوع.

حيث ان المحكمة تثبت مايجري في جلسات المرافعة في محضر الدعوى الذي يتضمن اقوال المتداعين ووكلائهم التي ابدوها شفاهاً في الجلسة،وماتتخذه المحكمة من قرارات قبل الفصل في الدعوى، والقاضي يحصل فهم الوقائع في الدعوى من كل مادار في جلسات المرافعة ومن اقوال الطرفين المتداعين التي اثبتوها في لوائحهما التي يقدمانها للمحكمة، وكذلك من الادلة التحريرية التي

---

[1] قرار رقم 535/الهيأة الاستئنافية منقول/ 2010 في 2010/6/20 النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة، اذار – نيسان،بغداد، 2011، ص60.

[2] مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص286.

يقدمانها لاثبات الدعوى او الدفع، فإذا تم تحصيل فهم وقائع الدعوى، فإن القاضي يصدر حكماً طبقاً لهذا الفهم[1]، وإن محاضر الدعوى وماثبت فيها من وقائع واقوال وماقدمه الخصوم من وثائق لم يطعن فيها بشائبة التزوير تعد من السندات الرسمية[2]، وتعد حجة على الناس كافة ولايجوز استنتاج وقائع على خلاف ماجاء فيها[3]. لذلك فإن محكمة التمييز تدقق ما اثبته الحكم من وقائع، حتى ولو كان القاضي يمتلك السلطة في تقديرها وفهمها، اذ لها ان تلتمس في اوراق المرافعة المقدمة اليها قيام هذه الوقائع، او سير الاجراءات على خلاف ما أثبته الحكم، لتؤسس على مايتبين لها من ذلك حقيقة الواقع فيما اثبته الحكم، فإذا اثبت الحكم على سبيل المثال أن المدعى عليه قد أقر بالدين في محضر الجلسة، ولدى الرجوع الى هذا المحضر وجد أن المدعى عليه قد أنكر الدين، فإن هذا الحكم يتعين نقضه لذكره وقائع غير صحيحة[4].

نستنتج مما تقدم ان النتائج التي يتوصل اليها القاضي بشأن وقائع الدعوى يجب أن يكون لها أصل ثابت في اوراق الدعوى، وهذا ماذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها وكما يأتي[5]: (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون، ذلك ان محكمة الاستئناف اجرت التحقيقات المطلوبة بقرارات النقض الصادرة عن هذه المحكمة الا انها توصلت الى نتيجة غير صحيحة تخالف

---

(1) د.عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في الاحكام بالتمييز، مصدر سابق، ص208.

(2) المادة(22) من قانون الاثبات العراقي والمادة(10) من قانون الاثبات المصري، والفقرة الاولى من المادة(6) من قانون الاثبات الاردني.

(3) المادة(21) من قانون الاثبات العراقي والمادة(11) من قانون الاثبات المصري، الفقرة الاولى من المادة(7) من قانون الاثبات الاردني.

(4) د.أدم وهيب النداوي المدنية، مصدر سابق، ص385.

(5) قرار رقم 247/الهيئة الموسعة المدنية/2007 في 2008/4/22، النشرة القضائية العدد الثاني، بغداد، 2008، ص20.

ماتحصل لديها من نتائج تلك التحقيقات، لذا قرر نقض الحكم وإعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق النتائج التي تثبت لديها).

نود أن نشير اخيراً الى أن جانباً من فقه المرافعات العراقي يرى أن عملية فهم الوقائع الواردة في الفقرة الخامسة من المادة (203) من قانون المرافعات المدنية هو المقصود بها تكييف الوقائع[1]، في حين ان هناك فرق واضح بين عملية تكييف الوقائع والتي أطلق عليها المشرع العراقي(الخطأ في تطبيق القانون) في الفقرة الاولى من المادة(203) من القانون المذكور وبين الخطأ في فهم الوقائع، حيث ان التكييف وكما ذكرنا سابقاً هو إعطاء الوصف القانوني السليم للواقعة او هو الحاق الواقعة بوصف قانوني معين، في حين أن فهم الوقائع هو الفصل في الوقائع ويعني تحقق القاضي من الوجود المادي للوقائع وأحاطته بها على ضوء قواعد قانون الاثبات.

ثانياً: اغفال الفصل في جهة من جهات الدعوى

والمقصود هنا هو السهو الذي يقع فيه القاضي فيفوته أن يحكم في احدى طلبات المدعي التي طلبها بعريضة دعواه، أو مايلزم القانون القاضي بالحكم فيه، مثل فوائد الدين التجاري في بعض انواع الديون، وذلك بعد الحكم في أصل الدين، ولكن إذا كان القاضي لم يفصل عمداً بهذا الوجه أو الطلب وبين في حكمه الوجه الذي بنى عليه قضائه من هذه الناحية ووجدته محكمة التمييز صحيحاً فأن الحكم لاينقض لهذا السبب، كما أن الفصل الضمني يعني فصلاً في الموضوع[2].

---

[1] د. سعدون ناجي القشطيني، شرح احكام المرافعات المدنيــة، ج1، مصــدر ســابق، ص389، د. ادم وهيب النداوي المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص410، مدحت المحمود، شرح قــانون المرافعــات المدنية، مصدر سابق، ص284.

[2] عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج4، مصدر سابق، ص42.

ثالثاً: الفصل في شيء لم يدع به الخصوم او القضاء بأكثر مما يطلبون

وتتحقق هذه الصورة عندما يقضي القاضي بأكثر مما طلبه المدعي في عريضة دعواه، أو القضاء بما لم يطلبه أو يثيره في عريضته، كما لو طلب المدعي الحكم له بالدين وقدره خمسة ملايين دينار فحكم القاضي بعشرة ملايين دينار، أو انه طلب التعويض من الاضرار ولم يطلب الفوائد، لكن لو فوض المدعي الامر للمحكمة للحكم له بالتعويض، فإن هذا التفويض يعني طلبه منها بأن تقتضي بما تراه مناسباً مع اقتناعها ومتفقاً مع الطلب، والسبب في ذلك أن القضاء المدني مقيد بالحكم بما طلبه الخصم في عريضة دعواه نوعاً ومقداراً، لذا فالحكم بأكثر مما طلبه أو بغيرطلب يكون مبرراً لقبول الطعن في الحكم بإعتبار ان القاضي قد اخطأ في الحكم خطأ جوهرياً[1].

وهذا ما أستقر عليه القضاء العراقي، حيث ذهبت محكمة التمييز في قرار لها الى انه[2]: (وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون ذلك لأن المحكمة وفي حكمها الصادر بتاريخ 2008/7/31 قضت للمدعين بتعويض قدره سبعة عشر مليون دينار وارتضى المدعين بالتعويض المذكور بدليل انهم لم يطعنوا تمييزاً بالحكم المذكور وإنما طعن به المدعى عليه وقد نقض القرار المشار اليه بقرار النقض الصادر عن هذه المحكمة بعدد 995/ استئنافية منقول 2008 في 2008/10/13 وإتباعاً لقرار النقض استعانت المحكمة بثلاثة عشر خبيرا وقدموا تقريرهم فأعتمدته المحكمة سبباً لحكمها استناداً لأحكام المادة(140) من قانون الاثبات وقضت للمدعين بتعويض قدره عشرون مليون دينار غير انه كان يتطلب من المحكمة أن لاتحكم بالتعويض بأكثر مما ارتضاه المدعين تطبيقاً لحكم الفقرة الخامسة من المادة(203) من قانون المرافعات المدنية وكذلك تطبيقاً لقاعدة وجوب

---

(1) د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص385.

(2) قرار رقم 694 /إستئنافية منقول/2009 في 2009/6/28، النشرة القضائية، العدد العاشـر، بغـداد، 2010، ص31.

ان لايضار الطاعن بطعنه وحيث ان محكمة الاستئناف لم تراع ماتقدم مما أخل بصحة حكمها المميز، عليه قرر نقض الحكم المميز وإعادة الاضبارة للسير فيها وفق ماتقدم).

واخيرا فيما يتعلق بالفقرة الخامسة من المادة(203) من القانون المذكور والمتضمن النقض بسبب الخطأ الجوهري نرى بأنه يجدر عدم تقييد الخطأ الجوهري بالصور والحالات المذكورة أعلاه، وترك تحديد هذه الحالات لمحكمة التمييز وحسب مايستجد امامها من الحالات والصور او جعل صيغة النص بما يدل على أن المقصود بالصور اعلاه إنما هو على سبيل المثال وليس الحصر.

الخاتمــة

اولاً: الاستنتاجات

1. خلصنا من بحثنا الى ان محكمة التمييز الاتحادية هي الهيئة القضائية العليا التي يحتكم لديها في جميع الاحكام والقرارات بغية توحيد ألاجتهادات في المواضيع المتماثلة. أما الدعوى المدنية، فنجد انها تشمل كافة الدعاوى غير الجزائية.
2. نعني بالتفسير جميع الوسائل التي من شأنها ازالة الغموض في النص القانوني.
3. يتميز التفسير عن التأويل، في ان الاول اوسع واشمل من الثاني، الا ان كلاهما يؤدي الى نتيجة واحدة وهو جعل النص قابلا للتطبيق على النزاع المعروض.
4. بالنظر لتقارب مفهوم مصطلحي التفسير والتكييف في بعض الاحيان الا اننا نرى ان التفسير يختص بالنص القانوني حصرا في حين ان التكييف يتعلق بالواقع والقانون.
5. الاصل في محكمة التمييز انها محكمة قانون وليست درجة من درجات التقاضي، الا أن المشرعَ قد استثنى حالة كون الحكم المميز مخالفاً للقانون أو كان هناك خطأ في تطبيقه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه، فأوجب على محكمة التمييز في هذهِ الحالة التصدي للفصل في موضوع النزاع.
6. أجاز المشرع العراقي لمحكمة الموضوع الاصرار على حكمها المنقوض في المسألة القانونية التي قررتها محكمة التمييز، الا انه لايجوز لها الاصرار إذ كان القرار صادراً من الهيئة العامة أو الموسعة لأن القرار الصادر فيها يكون على الدوام ملزماً وواجب الاتباع لانه عنوان الحقيقة والاقرب الى السداد.

7. ان جميع المحاكم يفسرون القانون عند تطبيقها وان دور محكمة التمييز بالاضافة الى تفسيره للقانون هو توحيدا\ تفاسير المحاكم.

8. على الرغم من وجود طرق مختلفة للتفسير الا ان المشرع العراقي وفي المادة (3) من قانون الاثبات النافذ قد الزم القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون، ويقصد به ان تراعي المحكمة الحكمة من التشريع والتي تظهر عند تطبيق القانون لا تلك الحكمة التي تصورها المشرع عند وضع النص القانوني.

9. يتمثل الدور الرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في رقابتها على خرق القانون والاحكام المتناقضة فضلا عن رقابتها الموضوعية والاجرائية على الاحكام.

ثانياً: التوصيات

من خلال بحثنا لموضوع الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية ولتطوير دورها في هذا المجال لكي تقوم بمهامها على اكمل وجه، فأننا نوصي بما يأتي:

1. لوجود جهات متعددة لتفسير القانون نقترح منح صلاحية تفسير القوانين الى المحكمة الاتحادية العليا.

2. بما أن مصطلح التفسير أعم وأشمل من مصطلح التأويل الوارد في الفقرة الاولى من المادة(203) من قانون المرافعات المدنية العراقي لذلك نقترح تعديل الفقرة اعلاه وجعلها كالأتي:(1- اذا كان قد بني على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تفسيره).

3. نقترح على المشرع العراقي باعادة النظر في المادة (214) من قانون المرافعات المدنية النافذ بحيث تجعل حق محكمة التمييز للفصل في موضوع الدعوى جوازيا وليس وجوبيا او الغاء المادة المذكورة.

4. تعديل الفقرتين الثانية والثالثة من المادة(215) من قانون المرافعات المدنية بحيث يقتصر حق الاصرار(إصرار محكمة الموضوع على حكمها المنقوض) على محكمة الاستئناف فقط دون محكمة البداءة، ذلك أن محكمة البداءة تتشكل من قاض واحد، وقد يكون في بداية حياته المهنية، لذلك من غير المقبول إعطائه حق الاصرار على حكمه المنقوض من قبل الهيئة الخاصة في محكمة التمييز والذي كمابينا مشكلة من ثلاثة قضاة من الصنف الاول ولهم خبرة تزيد على العشرين عاماً.

5. تعديل الفقرة اولاً من المادة الاولى من القانون المدني العراقي وكذلك الفقرة اولاً من المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي ليصبح النص أكثر شمولية وقدرة على ايجاد الحلول للمسائل المعروضة ونؤيد الاقتراح الذي يذهب الى جعل النص كالاتي: (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها ومفهومها).

6. لوجود نقص وايجاز في نص المادة(204) من قانون المرافعات المدنية فإننا نقترح تعديله لكي يدل على الغرض المقصود منه وكالاتي:-.(مدة الطعن بطريق التمييز ثلاثون يوماً بالنسبة لأحكام محاكم البداءة والاستئناف وعشرة أيام بالنسبة لأحكام محكمة البداءة والتي تميز لدى محكمة استئناف المنطقة وأحكام محاكم الاحوال الشخصية).

7. اناطة امر تفسير المعاهدات بالمحكمة الاتحادية العليا، لأنها أعلى سلطة قضائية في العراق ومشكلة من قضاة ذوي خبرة ومهنية عالية.

8. تلافياً للموقف المرتبك للمشرع العراقي حول موضوع القياس نقترح تعديل نص المادة(3) من القانون المدني العراقي وجعله بصيغة تدل صراحة على الاخذ بالقياس وذلك لأهميته ولأن محكمة التمييز الاتحادية لها قرارات عدة لجأت فيها الى القياس.

9. بما ان حضور الادعاء العام في الدعاوى المدنية التي تكون الدولة طرفاً فيها هو حضور جوازي بموجب المادة (14) من قانون الادعاء العام، وبالنظر للدور المهم الذي يمارسه الادعاء العام في نطاق الدعوى المدنية لذلك نقترح تعديل المادة أعلاه وجعل حضور الادعاء العام وجوبياً في الدعاوى المشار اليها في المادة المذكورة.

10. تعديل مدة الطعن لمصلحة القانون وجعلها سنة واحدة بدلاً عن ثلاث سنوات، ذلك ان المدة الثانية مدة طويلة وتؤدي الى عدم الاستقرار القانوني للأحكام والحقوق المكتسبة ولأن هذه المدة وإن كانت مقبولة في ظل المادة(32) من قانون الادعاء العام قبل تعديله وذلك لاقتصار القرار بقبول الطعن على تصحيح الخطأ القانوني دون التصدي لآثار الحكم أو القرار المطعون فيه، الا أنه وبعد تعديل المادة أعلاه فإن القرار الصادر من محكمة التمييز لايقتصر على تصحيح الخطأ القانوني، وإنما يشمل إصدار حكم جديد يحل محل الحكم المطعون فيه.

11. تعديل صيغة المادة(75) من قانون المرافعات بحيث تكون بصيغة ملزمة للمحكمة بتوحيد الدعويين في حالة توفر شروط الارتباط وذلك منعاً لصدور احكام متناقضة تتعلق بموضوع واحد.

12. تعديل الفقرة الثانية المادة(76) من قانون المرافعات المدنية بحيث تلزم المحكمة بتوحيد الدعويين إذا كانت الدعوى الاخرى مقامة لدى المحكمة ذاتها، حيث أن النص غير ملزم للمحكمة وهذا يؤدي بالنتيجة الى وقوع

تناقض بين الاحكام، وبخلاف ذلك فإن المحكمة كيف ستصدر حكماً في دعويين في موضوع واحد دون أن تقع في تناقض.

13. اعطاء الصلاحية لمحاكم الاستئناف للنظر في النزاع الناشئ حول الاختصاص بين المحاكم التابعة لها، وسحب هذه الصلاحية من الهيئة الموسعة وذلك للتخفيف عن كاهل محكمة التمييز وكذلك فإن محكمة الاستئناف تكون الاقرب لهذا النزاع وحسمه بسرعة.

14. ضرورة تنظيم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية في قانون المرافعات أسوة بالمشرعين المصري والاردني، ذلك لجمع الحالات المتفرقة في موضوع واحد وضمن نظرية الاختصاص بدلاً من توزيعها في قوانين متفرقة.

المصادر

*** القران الكريم**

اولاً: الكتب القانونية:

1. إبراهيم المشاهدي، الطعن لمصلحة القانون، ج1، ج2، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1995.
2. د. إبراهيم ابو الليل ود. محمد الألفي، المدخل الى نظرية القانون ونظرية الحق، الكويت، 1986.
3. د. احسان حميد المفرجي، د. كطران زغير نعمة، د. رعد ناجي الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري، جامعة بغداد، 1990.
4. د.أحمد ابو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، الاسكندرية، 1986، ط10.
5. د.أحمد ابو الوفا، نظرية الاحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1989، ط9.
6. د.أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
7. د.أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
8. د.أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
9. د.أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.
10. د. أدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009، ط1.
11. د. ادم وهيب النداوي، الوجيز في قانون الاثبات، جامعة بغداد، 1990.
12. د. أدم وهيب النداوي، الوجيز في قانون التنفيذ، جامعة بغداد، 1984.

13.د. أمينة النمر، قوانين المرافعات، دار الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1988.
14.د. أنور سلطان، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، 1986.
15. د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الاول، جامعة بغداد، 1987.
16. بدران أبو العينين بدران، بيان النصوص التشريعية، طرقه وأنواعه، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1986.
17. د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، 1990.
18. د. ثروت انيس الاسيوطي، نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1967.
19. د. حسن حرب اللصاصمة، المدخل الى العلوم القانونية، دار الخليج، عمان، 2003، ط1.
20. د. حسن علي الذنون نظرات في تفسير النصوص، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 1995-1996.
21. د.حسن علي الذنون،النظرية العامة للإلتزام، ج1، مصادر الالتزام،مطبعة المعارف، بغداد، 1949.
22. د. حسن كيرة، المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.
23.د. حلمي محمد الحجار، أسباب الطعن بطريق النقض، ج2، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2004.
24. د. خالد الزعبي، د. منذر الفضل، المدخل الى علم القانون، دار الثقافة للنشر، عمان، 1998.
25.خالد سيد ناجي شاكر الهاشمي، الطعن في الاحكام لمصلحة القانون، مطبعة العبدلي، بغداد، 2010.

26. د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.
27. د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، ج1، الدار الجامعية، بيروت، 1983.
28. روبرت كروس، السوابق القضائية في القانون الانكليزي، ترجمة د0 محمد الشيخ عمر، دار الجيل، بيروت، 1992.
29. د. رياض القيسي، أصول القانون، بيت الحكمة، بغداد، 2002، ط1.
30. د. سامي النصراوي، شرح اصول المحاكمات الجزائية، ج1، بغداد، 1976.
31. د. سامي بديع منصور، د. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 1995.
32. د. سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى الغاء القرارات الادارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.
33. د. سعدون ناجي القشطيني، شرح احكام المرافعات، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، 1970.
34. د. سعيد عبد الكريم مبارك، أحكام قانون التنفيذ، كلية القانون، جامعة بغداد، 1989.
35. د. سعيد عبد الكريم مبارك، د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، جامعة الموصل، الموصل، 1984.
36. د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، الوجيز في العقود المسماة، دار الحكمة، بغداد، 1993.
37. سلمان بيات، القضاء الجنائي العراقي، ج2، شركة الطبع والنشر العراقية، بغداد، 1962.
38. د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، مطبعة السلام، القاهرة، 1987، ط6.

39. د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974.
40. صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011.
41. د. صالح محسوب، السوابق القضائية ودورها في الاستقرار القضائي، بغداد، 2002.
42. د. صلاح الدين الناهي، النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف، مطبعة أسعد، بغداد، 1998.
43. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1962.
44. د.صلاح الدين الناهي، مباديء التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات، دار المهد للنشر، عمان، 1982.
45. ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، 1973.
46. د. طعيمة الجرف، نظرية الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.
47. د.عباس الحسني، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المجلد الاول، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1972.
48. د. عباس الصراف، د. جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر، عمان، 2003.
49. د. عباس العبودي، السندات العادية ودورها في الاثبات المدني، دار الثقافة، عمان، 2001.
50. د.عباس العبودي، المنطق القانوني، مجموعة المحاضرات التي القيت على طلبة المرحلة الثانية كلية القانون، جامعة كركوك، 2000-2001.

51.د. عباس العبودي، شرح احكام قانون أصول المحكمات المدنية الاردني، دار الثقافة، عمان، 2007.
52.د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات العراقي، الموصل، 2003.
53.د. عباس العبودي، شرح احكام قانون البينات الجديد، دار الثقافة، عمان، 2004.
54.د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، الموصل، 2000.
55.د. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الاثبات المدني، دار الرسالة، عمان، 1997.
56.د. عبد الامير العكيلي، د. سليم حربة، أصول المحاكمات الجزائية، ج1 بغداد، 1990.
57.د.عبد الباسط جميعي، شرح قانون الاجراءات المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966.
58.د. عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بيت الحكمة، بغداد، 1989.
59.د. عبد الجليل برتو، اصول المحاكمات الجزائية، مطبعة الرابطة، بغداد، 1951.
60.د. عبد الجليل برتو، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الشركة الاسلامية للطبع والنشر، بغداد، 1957.
61.د.عبدالحميد الشواربي، طرق الطعن في الاحكام المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1996.
62.د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الكويت، 1982.
63.عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج4، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2008، ط2.

64. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، د. أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، القاهرة، 1959.
65. د. عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في الاحكام بالتمييز في قانون المرافعات المدنية، بغداد، 1991.
66. د. عبد المجيد الحكيم، الاستاذ عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام، بغداد، 1980.
67. د. عبد المجيد عباس، اصول القانون، مطبعة المعارف، بغداد، 1947.
68. د. عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونيـــة، دار النهضـــة العربيـــة، القاهرة، 1966.
69. عبد المنعم حسين المحامي، طرق الطعن في الاحكـــام المدنيـــة والتجاريـــة، منشورات مدونة التشريع والقضاء، القاهرة، 1975.
70. د. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت.
71. عبد الرحمن خضر، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، ج2، ج3، دار الكتاب العربي، القاهرة، 1950، ط4.
72. د. عبدالعزيز خليل بدوي، الوجيز في المبادىء العامـــة للـــدعوى الأداريـــة القاهرة، 1970، ط1.
73. عزيز جواد هادي الخفاجي، دروس في المدخل لدراســـة القـــانون، جامعـــة بغداد، 2008.
74. د. عصمت عبد المجيد، أصول تفسير القانون، بغداد، 2009، ط2.
75. د. عوض احمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، ج1، دار وائل للنشـــر، عمان، 2003، ط10.
76. د. عوض أحمد الزعبي، المدخل الى علم القانون، دار وائل للنشر، عمـــان، 2007، ط3.

77. سلمان عبيد عبد الله، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادي
المدني، ج1، بغداد، 2009.

78. عبد الله علي الشرفاني، المباديء القانونية في قرارات محكمة تميي
كوردستان، اربيل 2009.

79. علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز
بغداد، 2009.

80. كيلاني سيد أحمد، المباديء القانونية في قضاء محكمة تمييز أقليم
العراق، اربيل، 2006، ط1.

81. كيلاني سيد احمد، المباديء القانونية لقرارات محكمة استئناف من
2001، ط1.

82. هادي عزيز علي المباديء القانونية في قضاء محكمة استئناف بغ
التمييزية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009.

83. د. غالب علي الداودي، المدخل لدراسة القانون، دار وائل للنشر
2004.

84. د.غالب علي الداودي، شرح قانون العقوبات العراقي، القسم العا
البصرة، 1968.

85. د. فؤاد عبدالمنعم رياض، د. سامية راشد، اصول تنازع القواني
الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990

86. د.فاروق الكيلاني، قانون أصول المحاكمات الجزائية الاردني،
ج1، دار الفارابي للنشر،عمان،1990.

87. د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصي
كلية القانون، جامعة السليمانية، 2004.

88. د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة
القاهرة، 2009.

89. د. فخري عبدالرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم العـــام، جامعـــة بغداد، 1992.
90. فوزي كاظم المياحي، الحالات التي تتدخل فيها المحكمة في الدعوى أو فـــي أجراء معين من تلقاء نفسها، بغداد، 2010.
91. د. ماجد راغب الحلو، الدعاوى الادارية،منشأة المعارف الاسكندرية، 2004.
92. د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، مطبعـــة الجامعـــة، بغـــداد، 1972.
93. د. ماهر صالح علاوي، مباديء القانون الاداري، بغداد، 1996.
94. د. محمد العشماوي، ود. عبد الوهاب العشماوي، قواعـــد المرافعـــات فـــي التشريع المصري والمقارن، القاهرة،1957.
95. د. محمد امين عابدين، طرق الطعن في الاحكـــام المدنيـــة والتجاريـــة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1984.
96. د. محمد حامد فهمي، شرح المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ج1، 1951.
97. د. محمد سليمان الاحمد، الوضع القانوني لعقود انتقال اللاعبين المحتـــرفين، دار الثقافة للنشر، عمان، 2001، ط1.
98. د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصـــوص المدنيـــة، مطبعـــة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، بغداد، 1982.
99. د. محمد صبري السعدي،تفسير النصوص في القانون والشريعة الاســـلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.
100. د. محمد ظاهر معروف، المباديء الاولية في أصول الاجراءات الجنائيـــة، دار الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1972.
101. د. محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات، مطبعة شفيق، بغداد، 1983.

102. د. محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1982.

103. د. محمد محمود إبراهيم، الوجيز في المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983.

104. د. محمد محمود هاشم، قانون القضاء المدني، ج1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.

105. د. محمد مصطفى الشربيني، بطلان أجراءات التقاضي أمام القضاء الاداري، دار الجامعة للنشر، الاسكندرية، 2006.

106. د. محمد معروف عبد الله، رقابة الادعاء العام على الشرعية، مطبعة المعارف، بغداد، 1981.

107. د. محمود محمد مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دارالنهضة العربية، القاهرة، 1988.

108. د.محي هلال سرحان، القواعد الفقهية، ودورها في اثراء التشريعات الحديثة، بدون مكان طبع، 1987.

109. مدحت المحمود، القضاء في العراق، بغداد، 2010، ط2.

110. مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم(83) لسنة 1969، بغداد، 2008، ط2.

111. د. مصطفى الزلمي، المنطق القانوني، قسم التصورات، بدون مكان وسنة الطبع.

112. د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، مؤسسة بحسون، بيروت، 1992.

113. د. مفلح القضاة، أصول المحاكمات المدنية، التنظيم القضائي، دار الثقافة، عمان، 1998، ط2.

114. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، شرح قانون المرافعات المدنية العراقية، جامعة بغداد،، 1983.
115. د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر، عمان، 2009.
116. د. منصور مصطفى منصور، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
117. منير القاضي، شرح قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة القاضي، بغداد، 1957.
118. منير القاضي، ملتقى البحرين، مطبعة العاني، بغداد، 1952.
119. منير القاضي، شرح المجلة، مطبعة العاني، بغداد، 1949.
120. د. نبيل ابراهيم سعد، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، بيروت، 1995.
121. د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004.
122. د. نبيل أسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1984، ط1.
123. نظام الدين عبد المجيد محمد كلي، دور الادعاء العام في الطعن بالاحكام والقرارات، جامعة صلاح الدين، اربيل، 1986.
124. د. هشام سوادي هاشم، تاريخ العرب الحديث، من الفتح العثماني، الى نهاية الحرب العالمية الاولى (1516-1918) دار الفكر، عمان، 2010.
125. د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974، ط3.
126. د. وجدي راغب، الموجز في مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ط1.

127. د. يحيى أحمد موافي، الشخص المعنوي، ومسؤولياته قانوناً، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1987.
128. د. يوسف محمد المصاروة، تسبيب الاحكام وفقاً لقانون اصول المحاكمات المدنية، الدار العلمية عمان، 2002.

ثانياً: الكتب الاخرى

129. د. ابراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.
130. ابن منظور لسان العرب، المجلد الرابع، دار لسان العرب، بيروت، بدون سنة طبع.
131. د. عبدالكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998.
132. د. عبد الوهاب خلاف، اصول الفقه وتاريخ التشريع الاسلامي، القاهرة، 1940.
133. د. محمد اديب صالح، تفسير النصوص في الفقه الاسلامي، مطبعة جامعة دمشق، 1964، ط2.
134. محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1983.
135. محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس في جواهر القاموس، ج10، دار الحياة، بيروت، بدون سنة طبع.
136. د. مصطفى الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، ج2، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009.

ثانياً: البحوث

137. حسن الخطيب، المسائل المتعلقة بالتفسير القضائي، بحث منشور في مجلة القضاء، نقابة المحامين، العراقيين، العددان الاول والثاني، السنة(39)، بغداد، 1981.

138. حسن الظريفي، مدى حرية القاضي أزاء القانون، بحث منشور في مجلة القضاء، تصدر عن نقابة المحامين العراقيين، العددان الثاني، الثالث، السنة الحادية عشرة، بغداد، 1953.

139. الاستاذ س. ف كاناريز، سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الالماني منه، ترجمة د. عبد الرسول الجصاني، بحث منشور في مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين العدد الاول، السنة(28) بغداد، 1973.

140. د. سمير عبد السيد تناغو، القضاء مصدر أصلي للقانون، مجلة القضاة، العدد التاسع، نادي القضاة، القاهرة، 1975.

141. ضياء، شيت خطاب، مصادر القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين، العددان الثالث والرابع، السنة(14)، بغداد، 1956.

142. ضياء شيت خطاب، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية العراقي، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1970.

143. ضياء شيت خطاب، فن القضاء، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1984.

144. د. عامر عاشور عبد الله، القياس في القانون المدني، والشريعة الاسلامية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل.

145. د. عباس العبودي، مدى سلطة القاضي المدني في التفسير المتطور للقانون، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، العدد الثامن، أذار، 2000.

146. د. عبد الرزاق عبد الوهاب، تصدي محكمة التمييز للفصل في موضوع النزاع، مجلة القضاء، نقابة المحاميين العراقيين، العددان الثالث والرابع لسنة(29) بغداد، 1975.
147. عدنان سدخان الحسن، دور الادعاء العام في مراقبة المشروعية، دار النهضة العربية، بيروت، 2009.
148. غسان جميل الوسواسي، الادعاء العام في العراق، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، 1988.
149. د. محمد سليمان الاحمد، فكرة التطور القانوني وبين تبدل الواقع وتغيير القانون، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية، كلية الحدباء الجامعة،العدد الاول، 2000.
150. د. محمد سليمان الاحمد، عناصر القاعدة القانونية، (الفرضية والحكم)، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، العدد الخامس، ايلول، 1998.
151. د. محمد سليمان الاحمد، أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، العدد العشرون، السنة التاسعة، اذار،2004.
152. نجلاء توفيق فليح، تسبيب الاحكام المدنية، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، العدد، 14، ايلول، 2003.
153. هنري كابيتان، دور القضاء في تطوير القانون ومهمة الفقه في دراسة الاحكام، ترجمة د. عباس الصراف، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين، العدد الثاني، السنة (15)، بغداد 1957.
154. د. ياسر باسم ذنون السبعاوي، د. أجياد ثامر نايف الدليمي، بحوث ودراسات في القانون الخاص، ج2، الجيل العربي للنشر، الموصل، 2009، ط1.

رابعاً: الرسائل والاطاريح

155. النعمان منذر الشاوي، أجتهاد القاضي فيما لانص فيه، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بغداد، 2000.
156. عدنان ابراهيم الجميلي، الاجتهاد في مورد النص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2001.
157. محمد أحمد رمضان، دور القاضي في أنشاء القاعدة القانونية المدنية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1985.
158. محمد غانم يونس الامين، الطعن تمييزاً في الاحكام المدنية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2004.
159. د. أدم وهيب النداوي، مدى سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1979.
160. كاظم عبد الله حسين الشمري، تفسير النصوص الجزائية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2001.
161. هدى سالم محمد، التكييف القانوني، للجرائم في قانون العقوبات، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل،2000.

خامساً: القوانين

162. دستور جمهورية العراق للعام 2005.
163. القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 المعدل.
164. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(83) لسنة 1969 المعدل.
165. قانون التنظيم القضائي العراقي رقم(160) لسنة1979 المعدل.
166. قانون السلطة القضائية لأقليم كوردستان العراق رقم(23) لسنة 2007.
167. قانون الادعاء العام العراقي رقم(159) لسنة 1979 المعدل.
168. قانون الاثبات العراقي رقم(107) لسنة 1979 المعدل.
169. قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 المعدل.

170. قانون تنظيم التجارة العراقي رقم(20) لسنة 1970 المعدل.
171. قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم(23) لسنة 1971 المعدل.
172. قانون العقوبات العراقي رقم(111) لسنة 1961 المعدل.
173. قانون التأمين الألزامي من حوادث السيارات رقم(52) لسنة 1980.
174. قانون المحاماة رقم(173) لسنة 1965 المعدل.
175. قانون الاحوال الشخصية رقم(188) لسنة 1959 المعدل.
176. قانون العمل رقم(71) لسنة 1987 المعدل.
177. قانون التقاعد الموحد رقم(27) لسنة 2006 المعدل.
178. قانون التنفيذ رقم(45) لسنة 1980 المعدل.
179. قانون رعاية القاصرين رقم(78) لسنة 1980 المعدل.
180. قانون الاستملاك رقم(12) لسنة 1981.
181. قانون مجلس شورى الدولة رقم(65) لسنة 1979 المعدل.
182. قانون تشكيل المحاكم رقم(13) لسنة 1945 الملغي.
183. قانون السلطة القضائية رقم (26) لسنة 1963 الملغي.
184. القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948.
185. القانون المدني الاردني رقم(43) لسنة 1976.
186. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري،رقم(13) لسنة 1968 المعدل.
187. قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني رقم(24) لسنة 1988 المعدل.
188. قانون السلطة القضائية المصري رقم(46) لسنة 1972 المعدل.
189. قانون تشكيل المحاكم النظامية الاردني رقم (17) لسنة 2001.
190. قانون استقلال القضاء الاردني لسنة 2001.
191. الدستور الاردني لعام 1952.
192. قانون الاثبات المصري رقم(25) لسنة 1968.
193. قانون الاثبات الاردني رقم(72) لسنة 1952 المعدل.

194. قانون التجارة الاردني رقم (12) لسنة 1966.
195. قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999.
196. قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني رقم(9) لسنة 1961 المعدل.
197. قانون العقوبات المصري، رقم (58) لسنة 1931 المعدل.
198. قانون المحكمة العليا في مصر رقم(18) لسنة 1969.

سادساً: النشرات والمجموعات القضائية

199. عبد العزيز السهيل، احكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني، ج1، مطبعة التضامن، بغداد، 1962.
200. مجموعة قرارات منشورة في مجلة حمورابي، تصدر عن جمعية القضاء العراقي، العدد الاول، بغداد، 2009.
201. مجموعة قرارت منشورة في مجلة التشريع القضاء، العدد الثالث، بغداد، 2011.
202. مجموعة قرارات منشورة في مجلة القضاء، تصدر عن نقابة المحامين العراقيين، العددان الاول والثاني السنة الثلاثون، بغداد، حزيران، 1975.
203. مجموعة قرارات منشورة في مجلة القضاء، تصدر عن نقابة المحامين العراقيين، العدد الثاني، السنة الخامسة والاربعون، بغداد، 1987.
204. مجموعة قرارات منشورة في مجلة القضاء، تصدر عن نقابة المحامين العراقيين، العددان الاول، والثاني، السنة (55)، 2011.
205. مجموعة الاحكام العدلية، تصدر عن وزارة العدل، بغداد، العدد الثالث، السنة السادسة، 1975.
206. مجموعة الاحكام العدلية، تصدر عن وزارة العدل؛ بغداد، العدد الرابع، السنة السابعة، 1976.
207. مجموعة الاحكام العدلية، تصدر عن وزارة العدل، بغداد، العدد الاول، السنة الثامنة، 1977.

208. مجموعة الاحكام العدلية، تصدرعن وزارة العدل، بغداد، العـــددان الثالـــث والرابع، السنة التاسعة، 1978.
209. قضاء محكمة التمييز، المجلد السادس، تصـــدرعن محكمـــة التمييـــز، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1969.
210. قضاء محكمة التمييز، المجلد الخامس، تصدر عن محكمـــة التمييـــز، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1971.
211. النشرة القضائية، تصدر عن مجلس القضـــاء الاعلـــى، بغـــداد، الاعـــداد (2،7،9) للعام 2008.
212. النشرة القضائية، تصدر عن مجلس القضاء الاعلى، بغداد العـــددان (5،6) للعام، 2009.
213. النشرة القضائية، تصدر عن مجلس القضـــاء الاعلـــى، بغـــداد، الاعـــداد (16،4،10،11،12،13،15) للعام 2010.
214. النشرة القضائية، تصدر عن مجلس القضاء الاعلى، بغداد، العـــددان(1،2) للعام 2011.

ثامنا: المصادر الاجنبية

1. vince nt(jean)‹ procedure civile‹paris‹1996.
2. S.j.AL- kadbem ‹constitional and Administrative law‹ Baghdad ‹1994.
3. John D.Finch‹Introdution to legale theory‹sweet and Maxwell‹ London‹1970.
4. Henry soluset‹ perroot droit Judiciaira‹ prive‹paris 1961.
5. 7-Rupert Cross‹ statutory Interpretation‹Butter worthe‹ London‹1981.
6. Boris starck‹introduction Au dtoit‹Henri Roland‹ Boyer‹ paris‹1988.
7. Francis Kerna‹ laguen‹ lequen.Iexteusion du Rolre Juges – de cassation , these , Renu , Paris , 1979.

المستخلص

ان موضوع اطروحتنا هو: الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية، موضوع مهم وحيوي في الوقت الحاضر، ذلك لان محكمة التمييز الاتحادية هي الجهة القضائية العليا في الدولة، تقوم بدورين مهمين في نطاق الدعوى المدنية، يتمثل الدور الاول في المحافظة على وحدة تفسير القواعد القانونية التي تطبقها المحاكم، وبهذا التفسير تترسخ وحدة القانون الذي تطبقه هذه المحاكم، والدور الثاني يتمثل في مراقبة تطبيق المحاكم للقانون على الوجه الصحيح.

والمقصود بالتفسير هو جميع الوسائل الذهنية التي من شأنها ان تساعد على تحديد ايضاح النص الواجب التطبيق على قضية معينة، وبهذا يختلف التفسير عن التكييف، حيث ان مجال التفسير هو النص القانوني، وتكييف الواقعة هو ردها الى نص من نصوص القانون واجب التطبيق عليها في حين ان التفسير هو توضيح النص القانوني.

ويتمثل الدور التفسيري لمحكمة التمييز الاتحادية في حالتين، الاولى بوجود النص القانوني حيث تقوم بتفسيره سواء أكان واضحاً ام غامضاً، حيث ان النص الواضح يحتاج الى تفسير ايضاً لتطبيقه على الواقعة ذلك لانه لايتمكن معرفة ما إذا كان النص واضحاً او غامضاً دون تفسير، فالتفسير عملية سابقة على الحكم على النص بالوضوح أو الغموض أي ان الوضوح أو الغموض نتيجة من نتائج التفسير، وقد الزم المشرع المحكمة ان تقوم بالتفسير المتطور للقانون الذي يقصد به ان تراعي المحكمة الحكمة من التشريع والتي تظهر عند تطبيق القانون، لاتلك الحكمة التي تصورها المشرع عند وضع النص القانوني.

اما الحالة الثانية فتتمثل في قيام محكمة التمييز بالتفسير في حالة عدم وجود النص من خلال القياس القانوني.

وتمارس محكمة التمييز دوراً رقابياً يتمثل في رقابتها على الاحكام المدنية في حالتين، الاولى وهي الرقابة على الاحكام المتعلقة بالنظام العام من خلال طريق الطعن لمصلحة القانون وكذلك الرقابة على الاحكام المتناقضة ذلك ان الاساس القانوني للنقض بسبب التناقض بين الاحكام، يكمن في مخالفة حجية الاحكام التي حازت درجة البتات ولتعلق هذه الحجية بالنظام العام فعلى القاضي ان يتمسك به من تلقاء نفسه.

اما الحالة الثانية فهي الرقابة الموضوعية والإجرائية لمحكمة التمييز، حيث تمارس الرقابة الموضوعية من خلال الرقابة على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه وكذلك وقوع الحكم في خطأ جوهري، وبخصوص الرقابة الاجرائية فيتمثل في الرقابة على الاجراءات الاصولية المؤثرة في صحة الحكم والرقابة على مخالفة قواعد الاختصاص، مما تقدم لايخفى على القارئ الكريم اهمية موضوع اطروحتنا كونه يتناول بالبحث والتحليل الجوانب المهمة لوظيفة محكمة التمييز الاتحادية في التفسير والرقابة.

وقد أرتأينا تقسيم الاطروحة الى فصل تمهيدي وبابيين، خصصنا الفصل التمهيدي فيه للتعريف بمفهوم محكمة التمييز وماهية الدعوى المدنية، وتناولنا في الباب الاول الدور التفسيري لمحكمة التمييز الاتحادية من خلال فصلين تطرقنا في الأول منه الى ماهية الدور التفسيري لمحكمة التمييز وفي الفصل الثاني عالجنا حالات الدور التفسيري لمحكمة التمييز، أما الباب الثاني فقد خصصناه لدراسة الدور الرقابي لمحكمة التمييز من خلال فصلين، تطرقنا في الول منه الى رقابة محكمة التمييز على الأحكام المتعلقة بالمصلحة العامة والنظام العام، وفي الفصل الثاني تناولنا الرقابة الإجرائية والموضوعية لمحكمة التمييز الإتحادية، وأنهينا الموضوع بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات.

Abstract

The subject matter of our dissertation is the (interpretation and judicial review role of federal cassation court in civil cases sphere).

It is a vital and important subject nowadays because the federal cassation court is the high judicial side in the state , which holds two important roles in civil case sphere , the first role represents the contravention upon unity of interpretation of legal rules , which implemented by courts.

By this interpretation the unity of law implanted which implemented by these courts , the second role represents the control of implementation of law on right way.

The interpretation means the collection of mentality means which helps to define the explaination of text which is obligatory to implement one certain case , this the interpretation differs from adaptation because the interpretation sphere is the text adaptation of incident by attributing it to one of the text of legal texts which is obligatory to implement on it , while the interpretation is to explain the legal text , the interpretation role of federal cassation court represented in two cases , firstly , existense of legal text which interpret it clearly or ambiguously where as clear text needs also to interpret it to implement it upon the event because it is not enable to know which the text is clear or ambiguous without interpretation.

The interpretation is precedent process upon the sentence on clearity or ambiguity of text which are result of interpretation results , the legislatur obliged the court to hold advanced interpretation of law which intends by it to follow the wisdom in court from legislation which comes up within the implementation of law , not the wisdom which perceived by the legislation when they put the legal text.

The second condition represented in getting up the cassation court with interpretation in case , the text is not existed through legal measurement , the cassation court exercise judiciary review role represents in its judiciary review upon civil rules in two conditions:-

1. Judiciary review on rules related to public order through contest way for the law sake and also on condictary rules , because the legal bases to revoke among the rules which inherited in breaching the testimony which got absolute degree for relating the evidence to the public order , the judge should hold it from his own.
2. The objective judiciary review and ptocedural of cassation court , which exercises the objective judiciary review through control on breaching law or error in its implementation and also curcial error happened.

(a)

Regarding procedural judiciary review which is represented fundamental procedures which affected in validity sentence and control on breaching the rules of specialization as mentioned before , the noble reader is not hidden to him the important of subject of our dissertation which discussed by analysis and research the important aspects of federal cassation courts function in interpretation and review judiciary.

The dissertation divided into introduction and two sections , introduction chapter defined the federal cassation court which stated the content of civil cases , the first section allocated to interpretation role of cassation court through two chapters , the first dealt with content of interpretation role of cassation court , the second studied the conditions of interpretation role of cassation court , in the second section we discussed objective and procedural review judiciary of cassation court through two chapter , the first on review

judiciary which relate on public. Interest and public order, in second chapter we studied the objective and procedural control on federal cassation court we ended this dissertation with suggested recommendations and conclusions.



الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية

دراسة مقارنه





دار الحامد للنشر والتوزيع
الأردن - عمان - ص.ب.: 366 عمان 11941 الأردن
هاتف: 5231081 فاكس: 009626-5235594
E-mail: dar_alhamed@hotmail.com
daralhamed@yahoo.com
www.daralhamed.net

